ALVARO LUIS DE A. S. CIARLINI (ORGANIZADOR)

LIBERDADE E IGUALDADE NAS DIMENSÕES DO DIREITO E DA JUSTIÇA

VOLUME 1

1ª EDIÇÃO

Alvaro Luis de A. S. Ciarlini (Organizador)

LIBERDADE E IGUALDADE NAS DIMENSÕES DO DIREITO E DA JUSTIÇA

Volume 1

1ª edição

Autores

Felipe Nogueira Fernandes

Robson R. Barbosa

Ana Cláudia Loiola de Morais Mendes

Léa Martins Sales Ciarlini

Instituto Brasiliense de Direito Público
Brasília
2015

Uma publicação Editora IDP

Revisão e Editoração: Ana Carolina Figueiró Longo

CIARLINI, Alvaro Luis de A. S.
Liberdade e igualdade nas dimensões do direito e da justiça/ Organizador Alvaro Luis de A. S. Ciarlini – Brasília : IDP, 2015.

Disponível em http://www.idp.edu.br/publicacoes/portal-de-ebooks
105 p.

ISBN 978-85-65604-69-7
DOI 10.11117/9788565604697

1.Jurisdição Constitucional. 2. Hermenêutica. 3. Direitos Fundamentais

CDD 341.2

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

A presente obra é a síntese dos esforços de pesquisa empreendidos pelos alunos do Programa de Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional da Escola de Direito de Brasília, mantido pelo Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP, na disciplina "Teorias da Justiça", ministrada no segundo semestre de 2015. Para tanto, o Programa de Mestrado contou com a parceria do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB.

Os quatro capítulos deste livro refletem e sintetizam os debates correntes neste programa de pós-graduação e na graduação do UniCEUB a respeito da igualdade e da liberdade, pressupostos norteadores do conceito de justiça desde a antiguidade, a partir da ética platônica das quatro virtudes cardeais, que brotam comorenovos no pensamento jusfilosófico contemporâneo, emcomplexa conexão com a Teoria Política e a Teoria do Direito, nomeadamente no atual estágio do constitucionalismo, sobretudo em virtude da percepção hoje generalizada que enaltece a democracia como projeto majoritário que convive com atitudes políticas estritamente contramajoritárias.

Esse ambiente tem se mostrado fértil e propício para a análise dos argumentos fundados em proposições que se nutrem, além da liberdade, em seu duplo sentido, positivo e negativo, também da justiça e suas demandas de isonomia e equidade.

No primeiro capítulo, o foco foi no conceito de eficiência de Richard Posner, tendo em perspectiva um critério de justiça interdependente com a sua capacidade para maximizar a riqueza social.

O segundo e o terceiro capítulos trazem ainda instigantes abordagens da *metafísicada alteridade* de Emmanuel Lévinas, tanto no âmbito do fenômeno das greves, quanto nas hipóteses de violência de gênero. Aliás, no quarto capítulo, o foco na ética da alteridade levinasiana também aparece como importante marco reflexivo apto a delinear os limites e as possibilidades da justiça restaurativa para crimes graves.

Os textos que compõem a presente coletânea revelam-se, portanto, importantes contribuições teóricas que abrem novas perspectivas de debate a

respeito da justiça e do direito como dimensões possíveis dessa conexão sempre problemática e complexa entre a liberdade e a igualdade. Além da inegável relevância e de seu conteúdo inovador, os artigos deste volume têm o mérito de fomentar reflexão e aprofundamento teórico e filosófico no âmbito do Direito Constitucional.

Esta obra, portanto, reforça o compromisso do IDP com a pesquisa jurídica e jusfilosófica, a partir de um debate denso e plural.

Brasília-DF, julho de 2015.

Professor Doutor Alvaro Luis de A. S. Ciarlini.

CAPÍTULO 1
A EFICIÊNCIA COMO CRITÉRIO DE JUSTIÇA: O ESTOURO DA BOLHA

Felipe Nogueira Fernandes[1]

Resumo: No final dos anos 1970, Richard Posner propôs que a maximização de riqueza deveria ser o critério fundamental de justiça. Nessa perspectiva, a justiça de uma ação dependeria de sua capacidade para maximizar a riqueza social. Posner tentou demonstrar que a maximização de riqueza levaria a um conjunto atrativo de felicidade, direitos e distribuição de riqueza; e buscou fundamentá-la filosoficamente no consentimento. A teoria da maximização de riqueza foi alvo de duras críticas, que revelaram os problemas insuperáveis da pretensão de identificação absoluta entre eficiência e justiça. A tentativa de equiparação da maximização de riqueza com a justiça pode ser vista como um excesso decorrente da euforia com o avanço da nova análise econômica do direito a partir dos anos 1960. Mas ainda que essa euforia tenha refluído, isso não significa que considerações sobre a eficiência não tenham qualquer papel a desempenhar no direito. A consciência sobre os efeitos das normas e decisões jurídicas é um elemento importante para definirmos o justo. Nesse sentido, a análise econômica é uma ferramenta essencial ao direito.

Palavras-chave: Justiça. Eficiência. Maximização de riqueza. Análise econômica.

Abstract: In the late 1970s, Richard Posner proposed that wealth maximization should be the fundamental standard of justice. From this perspective, the righteousness of an action would depend on its ability to maximize social wealth. Posner tried to demonstrate that wealth maximization would lead to an attractive set of happiness, rights and distribution of wealth; and sought to substantiate it philosophically in consent. The theory of wealth maximization was the target of harsh criticism, revealing the insurmountable problems of the

---

[1]Felipe Nogueira Fernandes é Advogado da União, especialista em direito constitucional (Instituto Brasiliense de Direito Público) e aluno do Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público.

pretension of absolute identification between efficiency and fairness. The attempting to equate the wealth maximization to justice can be seen as an excess of euphoria due to the advancement of new economic analysis of law from the 1960s. But although this euphoria has reflowed, it does not mean that considerations of efficiency does not have any role to play on the law. Awareness of the effects of legal norms and decisions is an important element in defining the fair. In this sense, the economic analysis is an essential tool to the law.

Key Words: Justice. Efficiency. Wealth maximization. Economic analysis.

INTRODUÇÃO

Em determinadas áreas, como o direito antitruste, a aplicação da ciência econômica ao campo jurídico ocorre há pelo menos um século. Contudo, o movimento que se denominou *Law and Economics* ou Análise Econômica do Direito é bem mais recente. Foi iniciado na década de 1960 nos Estados Unidos com os trabalhos de Ronald Coase (1960) e Guido Calabresi (1961). A partir de então, o uso de instrumentos próprios da ciência econômica estendeu-se para diversos outros campos do Direito. Esse movimento de "colonização" do direito pela análise econômica atingiu seu apogeu entre as décadas de 1970 e 1980. Imaginou-se então que a premissa da análise econômica, de que o homem é um maximizador racional de utilidade, poderia fornecer uma base uniforme para todas as ciências sociais (BRENNER, 1980).

Foi nesse contexto de entusiasmo com a aplicação da abordagem econômica ao direito que surgiu a teoria da maximização de riqueza de Richard Posner, que teve a pretensão nada modesta de estabelecer a eficiência econômica como critério fundamental de justiça.

Este artigo se dedica a examinar a teoria da maximização de riqueza de Posner e diversas críticas dirigidas a ela buscando lançar luz sobre a relação entre eficiência e justiça.

O artigo está dividido em quatro partes. Na primeira, serão apresentados alguns conceitos básicos para a compreensão da eficiência econômica. Em seguida, será exposta a teoria da maximização de riqueza. Na

terceira parte, serão apresentadas diversas críticas à maximização de riqueza como critério de justiça. Finalmente, serão analisados os possíveis usos de considerações sobre a eficiência para solucionar questões jurídicas.

1 A EFICIÊNCIA ECONÔMICA

Antes de tratar da relação entre justiça e eficiência, é necessário compreender o significado da eficiência econômica. Para isso, é fundamental entender os conceitos de excedente do consumidor e de excedente do produtor.

1.1 Excedentes do consumidor e do produtor

Conforme suas preferências pessoais e capacidade de pagamento, os potenciais consumidores valorizam diferentemente cada bem ou serviço, o que se reflete na sua disposição para pagar por algo. A disposição para pagar significa o preço máximo que cada consumidor aceitaria pagar por um bem ou serviço (MANKIW, 2013, p. 130). Trata-se de uma medida do quanto cada potencial consumidor valoriza o bem ou serviço em questão[2]. O potencial consumidor só irá efetivamente adquirir o bem ou serviço se o preço de mercado for inferior à sua disposição para pagar. Isso porque, nessa situação, o consumidor obtém um ganho ao realizar a transação. Esse é o *excedente do consumidor*. Portanto, o excedente do consumidor representa a diferença entre a quantia que um comprador está disposto a pagar por um bem ou serviço e a quantia que ele efetivamente paga pelo bem ou serviço (MANKIW, 2013, p. 131). Com base no excedente do consumidor é possível medir o benefício que os compradores obtêm com a sua participação no mercado.

Imaginemos que o indivíduo A está disposto a pagar a quantia máxima de $ 15 mil por um determinado veículo. Se o preço de mercado for de $ 12 mil, o indivíduo A irá adquirir por $ 12 mil um bem que para ele vale $ 15 mil, o que significa que terá um ganho em satisfação equivalente a $ 3 mil, correspondente ao excedente do consumidor gerado pela transação.

[2] É importante ressalvar que a disposição para pagar é uma medida imperfeita do valor que cada indivíduo atribui a determinado bem ou serviço porque depende não apenas das preferências individuais, mas também da capacidade de pagamento de cada indivíduo.

Imaginemos agora um leilão em que são vendidos dois carros idênticos e há três pessoas interessadas em adquirir uma única unidade. O indivíduo A está disposto a pagar até $ 15 mil por uma unidade; o indivíduo B está disposto a pagar até $ 13 mil; enquanto o indivíduo C está disposto a pagar até $ 12 mil. Nessa situação, podemos supor que os três interessados oferecerão lances até que o maior deles chegue a $ 12 mil, que é a quantia máxima que C está disposto a pagar. A partir desse ponto, o indivíduo C deixa de oferecer lances e a quantidade ofertada (2 carros) se iguala à demanda, porque apenas A e B estão dispostos a pagar mais que $ 12 mil por uma unidade do bem oferecido. Então, A e B compram um carro cada um por $ 12 mil ou algo ligeiramente acima desse valor. Se o preço efetivo for de $ 12 mil, isso significa que A terá um excedente de $ 3 mil, enquanto B terá um excedente de $ 1. Então, o excedente do consumidor total nesse mercado limitado será de $ 4 mil.

Portanto, quanto mais baixo o preço de mercado, maior será o excedente do consumidor total. Isso ocorre por duas razões. Primeiro, porque os consumidores que já estão no mercado (porque sua disposição para pagar já era maior que o preço de mercado), ao pagarem menos por um bem ou serviço, terão um excedente maior. Em segundo lugar, o preço menor permite que mais compradores entrem no mercado (aqueles cuja disposição para pagar era menor que o preço de mercado anterior, mas superior ao novo preço de equilíbrio, que no exemplo é mais baixo). Esses novos compradores também terão um ganho que se agrega ao excedente do consumidor total.

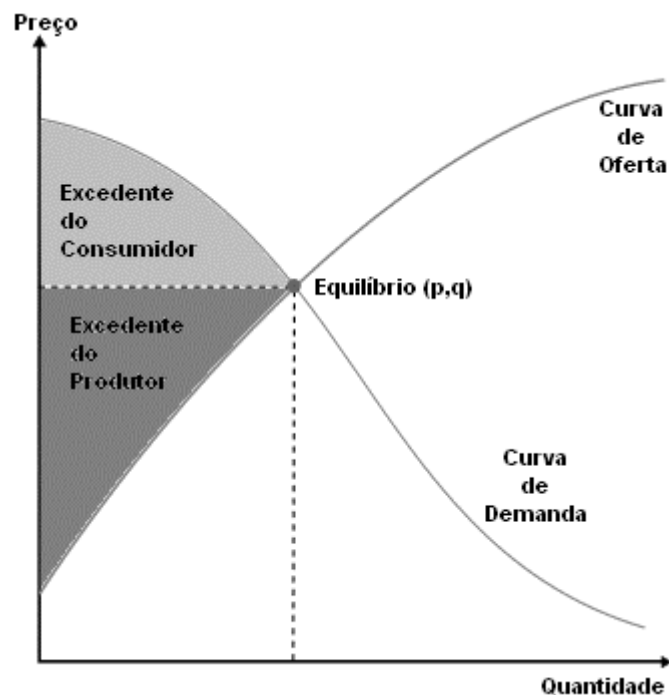
Algo semelhante ocorre do lado da oferta. Cada potencial vendedor de um bem ou serviço está disposto a vender um bem ou prestar um serviço por um determinado preço (mínimo), embora procure obter o máximo preço possível. O preço mínimo de venda equivale ao *custo de oportunidade*[3] de cada potencial vendedor; sendo que a esse preço o produtor é indiferente entre realizar a transação ou não (MANKIW, 2013, p. 135). O excedente do produtor é a diferença entre o montante que um vendedor recebe e o preço mínimo pelo

[3] O custo de oportunidade significa o custo de uma determinada escolha, medido pelo que se deixa de ganhar por não se ter optado pela segunda melhor alternativa.

qual estaria disposto a realizar a transação, que corresponde ao seu custo de oportunidade (MANKIW, 2013, p. 135).

Imaginemos uma situação em que alguém quer pintar dois imóveis idênticos e há três pessoas interessadas em prestar o serviço, sendo que cada uma só pode pintar um dos imóveis. Enquanto o custo de oportunidade de A é de $ 9 mil, o custo de B é de $ 11 mil e o custo de C é de $ 12 mil. O comprador tentará contratar o serviço ao menor preço possível e promove um leilão invertido entre os candidatos, que oferecem lances decrescentes. Enquanto o valor dos lances for superior a $ 12 mil, os três candidatos farão ofertas cada vez mais baixas. Quando o menor lance for ligeiramente inferior a $ 12 mil, o pintor C desistirá e a demanda será igual à oferta. Se o preço do serviço for de $ 12 mil, o pintor A obterá um ganho de $ 3 mil e o pintor B terá um ganho de $ 1 mil, que correspondem à diferença entre o preço de mercado e o preço mínimo pelo qual cada um estaria disposto a fazer o serviço. Nesse caso, o excedente do produtor total será de $ 4 mil.

Logicamente, da mesma forma que o preço mais baixo aumenta o excedente do consumidor, o preço mais alto aumenta o excedente do produtor. O preço mais alto aumenta o ganho daqueles vendedores que já estavam no mercado, ou seja, cujos custos de oportunidade eram inferiores ao preço de mercado anterior. Além disso, o preço maior faz com que novos vendedores passem a ofertar bens ou serviços no mercado. Esses vendedores ingressam no mercado se o novo preço de equilíbrio for superior ao seu custo de oportunidade, de modo a obter um ganho que se agregará ao excedente do produtor total.

Os excedentes do consumidor e do produtor podem ser ilustrados graficamente da seguinte forma:

Uma possível medida de bem-estar econômico consiste na soma dos excedentes do consumidor e do produtor, que pode ser chamada de *excedente total* (MANKIW, 2013, p. 138). De maneira simplificada, o excedente total consiste na diferença entre o valor para os compradores (medido pela sua disposição de pagar, ou seja, o preço máximo de compra) e o custo de oportunidade dos vendedores, que corresponde ao preço mínimo de venda.

1.2 O excedente total como medida da eficiência econômica

A eficiência econômica costuma ser associada à maximização da soma dos excedentes do consumidor e do produtor, ou seja, à maximização do excedente total (PINDYCK; RUBINFELD, 2006, p. 258). Nesse sentido, afirma Gregory Mankiw:

> Se uma alocação de recursos maximiza o excedente total, dizemos que tem eficiência. Se uma alocação não é eficiente, então parte dos ganhos potenciais do comércio entre compradores e vendedores não está sendo obtida. (MANKIW, 2013, p. 139).

Os mercados livres e competitivos têm duas características que são muito importantes para que seja atingida a eficiência: (i) alocam a oferta de

bens aos compradores que atribuem maior valor a eles, de acordo com a sua disposição para pagar; e (ii) alocam a demanda por bens aos vendedores que podem produzi-los ao menor custo (MANKIW, 2013, p. 140). Com isso, os mercados livres produzem a quantidade de bens que maximiza a soma dos excedentes do consumidor e do produtor (MANKIW, 2013, p. 140). Isso ocorre porque a maximização do excedente total se dá quando as curvas de oferta e demanda se cruzam, que é o ponto de equilíbrio de um mercado competitivo. Daí a conclusão de que os resultados de mercado fazem com que a soma dos excedentes do produtor e do consumidor seja a maior possível, o que significa que o resultado de equilíbrio constitui uma alocação eficiente de recursos.

Porém, ainda que o único objetivo a ser alcançado fosse a eficiência econômica, seria prematuro afirmar que o Estado não deve intervir nos mercados porque seus resultados serão necessariamente eficientes. Os mercados livres só produzem resultados que possam ser considerados eficientes se operarem em condições ideais. A conclusão de que o resultado de mercado será eficiente depende de duas premissas que nem sempre se verificam na realidade: (i) que o mercado é perfeitamente competitivo; e (ii) que não há externalidades (efeitos negativos a terceiros). As chamadas *falhas de mercado* fazem com que os mercados não regulados sejam incapazes de produzir alocações eficientes de recursos (MANKIW, 2013, p. 144). Em tais situações é possível que alguma intervenção estatal seja capaz de promover a eficiência econômica, embora isso não seja necessariamente verdadeiro.

Mas a questão que nos interessa é se o Estado *deve* necessariamente buscar a eficiência econômica, seja deixando de intervir em mercados que operem em condições ideais ou próximas disso ou mediante intervenções dirigidas à maximização da eficiência no caso de falhas de mercado. É neste ponto que se torna relevante a relação entre eficiência e justiça. Mas antes disso precisamos entender melhor o que significa o critério de eficiência de Pareto.

1.3 O critério de eficiência de Pareto

De acordo com o critério de eficiência de Pareto, uma situação é eficiente quando não for possível alterá-la de modo a melhorar a situação de pelo menos uma pessoa sem piorar a situação de qualquer outra. Diz-se que uma realocação é Pareto-superior quando ela permite melhorar a situação de uma pessoa sem piorar a de mais ninguém (COLEMAN, 1980b, p. 512-513). As trocas livres entre pessoas racionais que busquem sua própria satisfação só ocorrem quando a operação for vantajosa para ambas as partes, ou seja, quando gerar um excedente tanto para o vendedor como para o comprador. Presume-se então que as operações de mercado são Pareto-superiores. Portanto, em condições ideais, ocorrerão trocas livres até que não seja mais possível uma realocação Pareto-superior, o que significa um estado de coisas Pareto-eficiente[4] (VARIAN, 2006, p. 16). Trata-se do primeiro teorema da economia do bem-estar: em mercados competitivos, serão realizadas todas as transações que sejam mutuamente vantajosas até que seja atingido o equilíbrio na alocação de recursos, que será economicamente eficiente. Neste ponto, as alocações são consideradas eficientes porque os bens não podem ser realocados de modo a aumentar o bem-estar de uma pessoa sem que haja redução de bem-estar de outra (PINDYCK; RUBINFELD, 2006, p. 506).

Porém, não há um único estado de coisas Pareto-eficiente. Cada alocação inicial de recursos conduzirá a um estado Pareto-eficiente específico e os diversos estados Pareto-eficientes alternativos não são comparáveis pelo critério de Pareto; por esse critério seriam todos equivalentes. Portanto, a escolha entre diversas possibilidades de distribuições Pareto-ótimas só pode ser feita com base em outro critério (COLEMAN, 1980b, p. 513). Pela mesma razão, uma alocação Pareto-eficiente não é necessariamente melhor do que qualquer alocação Pareto-ineficiente (COLEMAN, 1980b, p. 543-544). Segundo o critério de Pareto, uma alocação Pareto-eficiente só pode ser considerada melhor que as alocações que lhe forem Pareto-inferiores, isto é, alocações que, mediante operações Pareto-superiores, puderem resultar no estado Pareto-eficiente de

[4] Como explica COLEMAN (1980b, p. 513), o critério da superioridade de Pareto compara dois estados de coisas para afirmar qual deles é melhor; enquanto o critério de otimização de Pareto compara uma distribuição com todas as outras possibilidades.

comparação. Portanto, o critério de eficiência de Pareto pode nos informar as trocas mutuamente vantajosas, mas não indica as alocações finais que seriam melhores (PINDYCK; RUBINFELD, 2006, p. 507).

Com essas considerações iniciais sobre a eficiência econômica e o critério de Pareto, podemos então compreender melhor a proposição, formulada por Richard Posner, de que a justiça requer a maximização da riqueza social.

2 A MAXIMIZAÇÃO DA RIQUEZA NA PERSPECTIVA DE RICHARD POSNER

A partir do final da década de 1970, Richard Posner passou a defender enfaticamente que a "maximização de riqueza" poderia ser um fundamento normativo coerente e atrativo para julgamentos éticos, inclusive para a formulação e interpretação do direito, numa síntese entre justiça e eficiência. Como afirma Bruno Salama (2012, p. 447-448), a teoria da justiça "eficientista" de Posner pode ser resumida à ideia de que a maximização de riqueza da sociedade seria o critério fundamental para avaliar se atos ou instituições são justos, bons ou desejáveis. Portanto, a eficiência adquire em Posner o *status* de critério ético decisivo.

Posner procurou primeiramente distinguir a maximização de riqueza em relação à tradição filosófica do utilitarismo, evitando assim as contundentes objeções contra a doutrina utilitarista. Esse foi o seu principal objetivo em *Utilitarianism, Economics, and Legal Theory*, de 1979. Posner tentou demonstrar que a maximização de riqueza seria eticamente distinta e mais atraente do que o ideal utilitarista. Mas já aqui Posner (1979) contrapõe sua teoria da maximização de riqueza ao que ele chamou de "teorias kantianas[5]" e defendeu que o objetivo da maximização de riqueza seria uma opção melhor. Para justificar sua proposição, Posner (1979) concentrou-se inicialmente em argumentos instrumentais. Procurou demonstrar que a adoção da maximização

---

[5] Como explica Salama (2012, p. 460), Posner não usa o termo "kantismo" para se referir especificamente à teoria de Kant, mas a um amplo grupo de teorias éticas que subordinam o bem-estar a noções de autonomia e auto-respeito como critérios éticos. Nessa perspectiva filosófica, há certos atos que são absoluta e intrinsecamente errados, independentemente do bem que possam causar a um indivíduo ou à sociedade em geral.

de riqueza como objetivo social resultaria numa combinação atrativa de felicidade, direitos e distribuição de riqueza.

No artigo *The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication*, de 1980, Richard Posner reforçou sua defesa da maximização de riqueza com base na ideia de consentimento derivada da ética kantiana, utilizando para isso o conceito de compensação *ex ante*. Posner buscou situar a norma da maximização da riqueza como um meio-termo entre o utilitarismo e a ética da autonomia pessoal ao atribuir peso tanto a preferências individuais como ao consentimento e à autonomia individual.

Para descrever a teoria da maximização de riqueza, primeiro será apresentada a concepção de riqueza em que Posner se baseou e o seu método da maximização de riqueza. Em seguida, será examinada a fundamentação da teoria da maximização de riqueza.

2.1 O conceito e o método da maximização de riqueza

Posner (1979) propôs substituir a utilidade (no sentido atribuído pela filosofia utilitarista) pela riqueza como objeto de maximização. Nesse sentido, a riqueza equivaleria ao valor em dinheiro ou equivalente a dinheiro que as pessoas estariam dispostas a pagar para adquirir algo ou que estariam dispostas a receber para se desfazer de algo (POSNER, 1979, p. 119). Posteriormente, Posner (1987, p. 86) explicou que o valor a que ele se refere como riqueza não consiste no *preço de mercado* e também não se confunde com dinheiro. Trata-se do valor que cada pessoa atribui a um bem ou serviço, ainda que não seja transacionável no mercado, de acordo com suas preferências e necessidades; e que poderia ser captado de forma aproximada pela disposição de pagar ou inversamente pela disposição para receber centra quantia em troca de algo. Como informa o próprio Posner (1987, p. 87), ele usa o termo “riqueza” (*wealth*) como sinônimo do conceito econômico de *utilidade esperada*[6] (*expected*

[6]Posner (1987, p. 87) também explica que o conceito econômico de utilidade esperada não se confunde com o conceito econômico de riqueza. Em termos econômicos, a utilidade se distingue da riqueza porque aquela seria ajustada pelas preferências a riscos de cada pessoa. É possível perceber a diferença com um exemplo simples. Uma chance de 40% de ganhar $ 100 teria um efeito esperado sobre a riqueza de alguém (em sentido econômico) equivalente a $ 40. Por outro

utility), que determina a disposição para pagar e é diferente do conceito utilitarista[7]. Pode-se dizer então que a maximização de riqueza no sentido de Posner consiste na maximização dos *saldos positivos* (*surplus*) do consumidor e do produtor.

Segundo Posner (1987, p. 92), a riqueza seria maximizada com um sistema que permita que os preços de compra e de venda sejam comparados e que as ofertas sejam aceitas apenas quando os preços de compra superarem os preços de venda; e que imponha uma transação involuntária apenas quando os custos de transação inviabilizarem as transações voluntárias. Portanto, o sistema de maximização de riqueza concebido por Posner (1980b, p. 497) consistiria basicamente em instituições que facilitassem as transações de mercado ou que, quando os custos de transação as tornarem inviáveis, simulem os resultados que seriam obtidos em condições ideais de mercado, desde que os benefícios em termos de maximização de riqueza sejam superiores aos custos da interferência.

2.2 Os argumentos instrumentais

Os argumentos instrumentais de Posner em favor da maximização de riqueza estão intimamente ligados à relação entre maximização de riqueza e utilitarismo. O utilitarismo tem por objetivo a maximização da utilidade no sentido de satisfação ou felicidade. Aparentemente, trata-se de um objetivo louvável. Porém, o utilitarismo apresenta sérios problemas, que Posner acredita

---

lado, a utilidade esperada, sendo dependente das preferências de cada pessoa em relação a riscos, seria variável. Por exemplo, uma pessoa com severa aversão a risco poderia atribuir a essa chance o valor de apenas $ 15 (o desconto de $ 25 em relação ao valor esperado decorreria da desutilidade originada da aversão ao risco). Por outro lado, uma pessoa tendente ao risco poderia atribuir a essa mesma chance um valor de, por exemplo, $ 45. As loterias seguem exatamente essa lógica. O preço cobrado pelo bilhete de loteria é maior que o valor do prêmio descontado pela probabilidade de ser sorteado. A explicação racional para o comportamento das pessoas que compram bilhetes de loteria é que elas obtêm mais utilidade com a compra do bilhete do que o seu valor esperado. Ao comprar um bilhete de loteria, por mais irrisórias que sejam as chances de ganhar, as pessoas adquirem o direito de “sonhar” com o prêmio. Outra explicação possível é que as pessoas em geral têm dificuldades para lidar racionalmente com chances muito pequenas diante do que pode ser chamado de “efeito de possibilidade” (KAHNEMAN, 2012, p. 306-307).

[7]De acordo com Posner (1987, p. 88), a recusa dos economistas modernos em fazer comparações interpessoais de utilidade significa que eles usam a riqueza e não a felicidade como critério para definir a alocação eficiente de recursos.

possam ser solucionados ou atenuados com a adoção do ideal da maximização de riqueza sem que isso comprometa acentuadamente o aumento da felicidade. A maximização de riqueza seria então capaz de proporcionar felicidade à sociedade, mas evitaria os problemas do utilitarismo relacionados ao seu critério redistributivo e à ausência de proteção a direitos individuais.

Costuma-se apontar como um dos problemas mais graves do utilitarismo a ausência de preocupação com a individualidade. O objetivo da maximização da utilidade, seja total ou média, trataria os indivíduos como um mero instrumento para atingir a finalidade pretendida. Não haveria então qualquer direito individual capaz de se opor a persecução da máxima utilidade. Por considerar que a maximização de riqueza exigiria um certo sistema de direitos individuais, Posner acredita que essa fragilidade poderia ser corrigida caso adotada a máxima riqueza como objetivo social.

Na perspectiva da maximização de riqueza, os direitos devem ser alocados às pessoas que lhes atribuem o maior valor (POSNER, 1980a, 246-247). Isso pode ser dito de outra forma: os direitos devem ser conferidos a quem lhes dê o uso mais eficiente. Em condições ideais de mercado, como explicou Ronald Coase (1960), a alocação final sempre será a mais eficiente, independentemente da distribuição inicial. Isso porque as partes negociariam até chegarem a um ponto Pareto-eficiente. Então, se o trabalho livre for mais eficiente que o trabalho forçado, os escravos comprariam o direito à sua liberdade, pois com seus rendimentos futuros seriam capazes de pagar uma quantia maior do que o valor que o seu trabalho forçado teria para seus antigos "proprietários"[8]. Mas, como essas condições ideais não estão presentes na realidade, a alocação inicial de direitos vai influenciar o resultado final. É por isso que Posner (1980b, p. 502) sugere que, no exemplo acima, cada um tenha direito ao seu próprio trabalho, pois essa seria a alocação mais eficiente e assim seriam evitados os custos da transação que, em condições ideais, seria entabulada entre o escravo o seu senhor. Com esse tipo de raciocínio, Posner acredita poder extrair um sistema de direitos individuais a partir do objetivo da

[8] Sem dúvida, o ex-escravo estaria numa situação melhor se a liberdade lhe tivesse sido atribuída originalmente, já que não precisaria adquiri-la. Mas essa é uma questão distributiva. O ponto é que, em condições ideais, o mercado conduziria a uma alocação eficiente de direitos.

maximização de riqueza. Trata-se, evidentemente, de direitos instrumentais: a sua finalidade seria a maximização de riqueza. Mas Posner não vê problema nisso e considera que os direitos instrumentais ao objetivo da maximização de riqueza seriam coerentes com as intuições éticas dominantes, pelo menos na sociedade norte-americana[9].

O utilitarismo também seria problemático quanto ao aspecto redistributivo. De acordo com Posner (1979, p. 132), a distinção mais relevante entre os critérios da maximização da utilidade (felicidade) e da riqueza seria que o utilitarismo atribui valor a qualquer fonte de prazer[10]; enquanto em um sistema de maximização de riqueza as pretensões dependeriam da capacidade de cada um em fazer algo valorizado pelas outras pessoas no mercado. Posner (1980a, p. 243), reforça essa distinção afirmando que o utilitarismo legitima pretensões baseadas no puro desejo, enquanto a maximização de riqueza requer que o indivíduo esteja disposto a pagar o preço necessário para obter algo. E para isso precisa-se obter renda produzindo algo que as outras pessoas desejem. Como o utilitarismo atribui um valor moral à mera capacidade de sentir prazer, justificaria a realocação de recursos às pessoas que deles conseguissem obter a maior satisfação. Mas um critério distributivo como esse seria autodestrutivo, já que não provê qualquer incentivo à produção. A maximização de riqueza corrigiria essa deficiência ao dar mais peso moral à produção de bens e serviços que outras pessoas valorizem em lugar da aptidão para sentir prazer (POSNER, 1987, p. 97).

A maximização de riqueza também permitiria alguma redistribuição de recursos aos membros menos produtivos da sociedade (POSNER, 1980b, p. 496). Porém, o principal fundamento dessa redistribuição seria o desejo altruísta dos cidadãos produtivos[11]. A teoria concebida por Posner (1980b, p. 497) não confere qualquer pretensão moral aos cidadãos improdutivos sobre os

---

[9] Posner (1987, p. 92-93) posteriormente admitiu que, em alguns casos, a maximização de riqueza poderia não oferecer uma orientação para a alocação inicial de recursos; mas que esses casos seriam raros, de modo que essa limitação não seria fatal.

[10]Portanto, o utilitarismo justificaria transferir renda de uma pessoa para outra simplesmente porque ela teria mais capacidade de sentir prazer (POSNER, 1987, p. 97).

[11]Posner (1979, p. 131), também afirma que a maximização de riqueza poderia recomendar alguma redistribuição de recursos com o objetivo de redução do crime e, consequentemente, dos custos associados aos crimes.

recursos controlados pelos membros produtivos da sociedade[12]. Em razão do problema do carona ou *free-rider*[13], o "mercado" livre não conseguiria prover sozinho o nível adequado de caridade para atender plenamente às preferências dos cidadãos capazes economicamente e dispostos a "adquirir" os benefícios da ajuda aos necessitados (POSNER, 1979, p. 131; POSNER, 1987, p. 101). A redistribuição de riqueza imposta pelo Estado teria assim o objetivo de suprir uma "falha de mercado" para que seja atingido o *ponto ótimo* de caridade, conforme as preferências altruístas presentes na sociedade ou, mais precisamente, dos indivíduos dispostos e capazes de pagar o preço da ajuda aos improdutivos. Assim, mesmo a redistribuição de riqueza serviria ao objetivo da eficiência num sentido mais amplo.

Posner (1979, p. 135) também sugere que a maximização de riqueza teria um aspecto distributivo intrínseco decorrente do fato de que, ao exercerem atividades produtivas, as pessoas acabam gerando benefícios para a sociedade em geral, pois só conseguiriam se apropriar de uma parte da riqueza que produzem. Trata-se do fenômeno conhecido como "externalidade positiva", que consiste em consequências favoráveis a terceiros que não participam de uma determinada transação ou atividade[14].

Portanto, na perspectiva de Posner, o objetivo da maximização de riqueza seria capaz de assegurar uma quantidade adequada de felicidade e ao

---

[12] Inicialmente Posner (1979, p. 135) afirmou que a renda de cada pessoa resulta de sua contribuição para a sociedade e não de fatores arbitrários. Nos primeiros textos em que tratou da maximização da riqueza como critério de justiça, entre o final da década de 1970 e início da década de 1980, Posner atribuiu uma enorme relevância moral à produtividade, que poderia ser descrita como a capacidade de um indivíduo para gerar renda mediante transações de mercado, que ele contrapôs ao que considerava ser o principal problema da filosofia utilitarista: a atribuição de valor moral à simples capacidade de sentir prazer. Mas em sua "revisitação" ao princípio da maximização de riqueza, Posner (1987, p. 101) reconhece que pode ter atribuído um peso excessivo à produtividade ao admitir que talvez tanto o individualismo como a maximização de riqueza tenham negligenciado o papel da sorte para a riqueza e a pobreza.

[13] O problema do carona ou *free-riding* ocorre em situações em o efeito benéfico de uma ação seja não excludente em relação aqueles que não pagaram pelo bem ou serviço. É o caso, por exemplo, do serviço de ronda particular de segurança numa determinada rua. Os vizinhos que decidirem não colaborar ainda assim serão beneficiados pelo serviço. Portanto, os caronas são agentes que consomem utilidades sem que tenham pago por elas O problema é que nessas situações a quantidade do bem ou serviço será inferior ao ponto ótimo ou de equilíbrio entre oferta e demanda, uma vez que o preço será mais alto do que seria caso todos os beneficiários pagassem pelo serviço.

[14] Por exemplo, muitos efeitos positivos de uma descoberta científica economicamente relevante não são capturados sob a forma de aumento de renda pelo responsável pela descoberta, "vazando" para os demais integrantes da sociedade.

mesmo tempo garantir um sistema de direitos atraente e uma redistribuição de riqueza compatível com o nível de altruísmo presente na sociedade.

2.3 O argumento do consentimento

Posner (1980) tentou mostrar que a maximização de riqueza teria uma base ética sólida apoiada no princípio do consentimento. Embora o critério de eficiência de Pareto esteja associado ao utilitarismo, na medida em que seria um meio de contornar o problema das comparações interpessoais de felicidade[15], Posner (1980, p. 489) considera que seria possível situar a ética de Pareto numa tradição filosófica bem diferente: a *tradição kantiana*, que enfatiza o valor da autonomia individual no sentido de que os indivíduos devem ser tratados como fins e não como meios. Isso porque o consenso, sendo um elemento essencial da autonomia individual, também constitui a base operacional do critério de eficiência de Pareto. Portanto, da perspectiva kantiana, seria possível defender as transações de mercado com base no princípio do consentimento, independentemente de sua relação com a eficiência. O consentimento seria então uma base alternativa não-utilitarista para o critério de Pareto (POSNER, 1980b, p. 490-492).

Ocorre que o eficientismo de Posner não se baseia propriamente no critério de Pareto, mas no critério de Kaldor-Hicks. De acordo com o critério de Kaldor-Hicks, também chamado Pareto-potencial, uma realocação de recursos seria mais eficiente em relação a outra sempre que os benefícios que proporcionar aos ganhadores superarem os prejuízos causados aos perdedores, ainda que não haja efetiva compensação. Portanto, não exige que não haja

---

[15] Essa suposição decorre do fato de que, conforme o critério de superioridade de Pareto, uma alteração alocativa seria eficiente quando a situação de pelo menos uma pessoa possa ser melhorada sem que a situação de qualquer outra pessoa seja piorada. Presume-se daí que as trocas livres são Pareto-superiores, pois só haveria concordância com a operação se ambas as partes tivessem algum ganho. Então, ainda que não se possa saber efetivamente o montante do ganho de utilidade, presume-se que uma operação Pareto-superior gera um aumento da utilidade total, uma vez que não haveria perdedores. Posner (1980, p. 489) explica com razão que isso não resolve o problema, pois tal conclusão se baseia na premissa de que a operação não gera efeitos negativos sobre terceiros, o que na prática nem sempre ocorre. Ao contrário, no caso de decisões sociais de efeitos mais amplos, sequer seria possível identificar todos os afetados (POSNER, 1980, p. 489). Posner (1980, p. 490) também explica que, se houvesse uma métrica confiável de felicidade, o utilitarismo poderia ignorar completamente o critério de Pareto.

perdedores. Posner (1980a, p. 250-251) afirma categoricamente que a maximização de riqueza rejeita a compensação (*ex post*) porque ela tem um custo, de modo que a riqueza seria maximizada caso nenhuma compensação seja paga. Portanto, Posner não adota o critério de eficiência de Pareto, porque na prática ele seria inviável para fins de adoção de escolhas sociais de efeitos amplos.

Ao admitir realocações que gerem perdedores sem exigir qualquer compensação, o princípio de riqueza posneriano abre um flanco a críticas baseadas justamente no consentimento e na autonomia individual. A solução encontrada por Posner para justificar a maximização de riqueza com base no consentimento consistiu na aplicação do conceito de compensação *ex ante*. Com uma comparação entre diferentes sistemas de responsabilidade civil, Posner (1980b, p. 493-495) procura mostrar que, se as pessoas fossem idênticas, optariam pela instituição do sistema mais eficiente porque assim aumentariam sua riqueza esperada[16] como consequência da redução de custos totais com acidentes, que também resultaria em prêmios de seguros mais baixos. Portanto, uma eventual perda *ex post* estaria justificada num consentimento *ex ante*. Posner (1980b, p. 495) reconhece que sua conclusão depende da premissa irreal de que todos os indivíduos são idênticos, mas sugere que sistemas jurídicos mais eficientes beneficiariam a quase todos, sobretudo se adotada a perspectiva *ex ante*. E acrescenta que, embora as instituições sociais maximizadoras de riqueza não sejam capazes de alcançar um consenso total, apenas um fanático exigiria a unanimidade absoluta para legitimar esse tipo de instituição social (POSNER, 1980b, p. 495; POSNER, 1987, p. 100).

Embora procure justificar a maximização de riqueza no consentimento, Posner argumenta que não seria apropriado aplicar a autonomia individual diretamente como norma moral. De acordo com Posner, isso exigiria pressupor uma determinada alocação de direitos arbitrária, pois muitas vezes as diversas autonomias individuais entram em choque e não há clareza sobre qual delas deve ser preservada. Outra objeção seria que a ética da

---

[16] O conceito de riqueza esperada pode ser compreendido com um exemplo simples. Se uma pessoa recebe gratuitamente uma chance de 50% de ganhar $ 10, a sua riqueza esperada aumenta em $ 5.

autonomia pessoal, se interpretada sem qualquer restrição para a preservação do bem-estar geral, poderia levar a uma grande miséria (POSNER, 1980b, p. 496). Portanto, Posner usa contra as “teorias kantianas” uma estratégia semelhante a que adotou contra o utilitarismo: procura aproximar a norma da maximização de riqueza aos objetivos buscados pelas teorias baseadas na autonomia individual, mas descrevendo o princípio da riqueza como capaz de superar as suas deficiências.

2.4 Entre o utilitarismo e as teorias kantianas

Como visto, Posner tenta de certa forma unir o consequencialismo utilitarista às premissas éticas do individualismo kantiano. Nesse sentido, Posner (1980b, p. 496) afirma que a maximização de riqueza representaria um meio-termo entre o utilitarismo e a ética da autonomia pessoal ao atribuir peso tanto às preferências individuais como ao consentimento[17].

Segundo Posner (1979, p. 112-116), a filosofia do utilitarismo padeceria de graves problemas, dos quais aponta como principais: (i) a imprecisão de sua amplitude; (ii) a ausência de um método confiável para medir a utilidade, no sentido de felicidade; e (iii) a chancela de recomendações monstruosas derivadas do instrumentalismo. No extremo oposto à filosofia utilitarista estariam as teorias denominadas “kantianas”, cujo ponto em comum seria o estabelecimento de deveres morais sem qualquer conexão com conseqüências. Na perspectiva “kantiana”, a justiça ou injustiça estaria na própria conduta, independentemente de seus efeitos. De acordo com Posner (1979, p. 117-118), o principal problema das teorias kantianas seria a tendência ao fanatismo moral caso se leve a concepção anti-consequencialista ao extremo[18]. Em suma, o utilitarismo recomendaria uma redistribuição de

[17]A maximização de riqueza de um lado promoveria o utilitarismo, pois a riqueza geralmente favorece a felicidade; e de outro promoveria o individualismo ao demandar a proteção a direitos individuais (POSNER, 1987, p. 95-96).

[18] Posner (1979, p. 118) explica que muitos adeptos a teorias kantianas procuram evitar o fanatismo por meio da formulação de exceções aos deveres categóricos que elas impõem. Posner considera problemática essa solução, afirmando que uma vez que se assume que em certos casos as conseqüências podem se sobrepor aos deveres categóricos, não haveria um ponto lógico ou evidente em que se deva parar. Por isso, essas tentativas acabariam misturando kantismo com utilitarismo, sem que haja uma fronteira clara entre ambos (POSNER, 1979, p. 118).

recursos incompatível com a preservação da autonomia individual; enquanto um compromisso muito rígido com a autonomia individual reduziria a felicidade na sociedade a um nível intolerável. A intenção de Posner foi demonstrar que a norma da maximização de riqueza poderia ser uma alternativa melhor.

Na visão de Posner (1987, p. 102) a maximização de riqueza compartilharia com o utilitarismo a ênfase no valor moral das preferências e desejos individuais; e compartilharia com o individualismo a aversão à coerção. Porém, não excluiria inteiramente a coerção, já que a admite quando os custos de transação inviabilizarem as trocas voluntárias e esquemas de mimetização do mercado forem capazes de maximizar a riqueza social. Mas, com base no conceito de compensação *ex ante*, Posner (1987, p. 102) acredita que mesmo esses esquemas coercitivos poderiam ser deduzidos do consenso quase universal, exatamente por fomentarem o bem-estar geral. Da tradição utilitarista, Posner mantém uma concepção consequencialista de moralidade e justiça[19] e a noção de que as pessoas agem como maximizadoras de seu próprio bem-estar; mas rechaça o critério da felicidade e o substitui pela maximização de riqueza. Da tradição kantiana, Posner rejeita a aversão extrema ao consequencialismo, mas tenta reter parte dos conceitos de autonomia individual e consenso (SALAMA, 2012, p. 448-449). Com isso, Richard Posner imagina oferecer uma teoria moral capaz de reunir os pontos positivos do utilitarismo e das teorias ditas kantianas, baseadas na autonomia individual, sem absorver seus defeitos.

2.5 Tribunais maximizadores

Em *The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication*, de 1980, Posner também tentou justificar pragmaticamente a norma da eficiência com base em algo como uma teoria da distribuição de funções estatais. Posner havia defendido a proposição descritiva de que a *common law* norte-americana havia se desenvolvido de modo a prover

[19] Na filosofia, o consequencialismo baseia-se na compreensão de que o valor de uma conduta depende fundamentalmente de suas consequências (SALAMA, 2012, p. 449).

a sociedade com regras eficientes. Porém, não havia explicado a causa desse fenômeno. No mencionado artigo, Posner tentou demonstrar o motivo da alegada eficiência da *common law*, defendendo a sua proposição contra críticas baseadas nas teorias dos grupos de interesses[20]. Segundo Posner (1980b, p. 504), os métodos e assuntos abordados pela *common law* não seriam apropriados para promover interesses redistributivos de grupos específicos. Com essa premissa, conclui que não haveria motivos para que a *common law* seja dominada por questões distributivas, ainda que os legisladores tivessem essa preocupação. Nesse caso, os interesses dos diversos grupos convergiriam para a eficiência, pelo menos no contexto da *common law*, pois não haveria outro meio pelo qual pudessem melhorar sua própria situação.

Partindo do pressuposto de que os tribunais não dispõem de instrumentos suficientemente flexíveis para promover a redistribuição de um modo efetivo, Posner considera que seria sensata uma divisão de tarefas em que os tribunais fossem incumbidos da maximização de riqueza, enquanto os órgãos legislativos poderiam se ocupar da redistribuição de parte da riqueza (POSNER, 1987, p. 104-105).

No entanto, em sua "revisitação" ao princípio da maximização de riqueza, Posner (1987) reconhece algumas limitações importantes do critério moral que ele propõe como guia para as decisões judiciais. Talvez a mais importante delas seja que a maximização de riqueza serviria de orientação apenas quando a discricionariedade judicial seja legítima e relevante (POSNER, 1987, p. 105). Quanto a esse aspecto, Posner (1987, p. 105) afirma que, felizmente, em muitos casos em que a solução recomendada pela maximização de riqueza seria contrária às nossas intuições morais, não haveria espaço para a discricionariedade judicial por força de disposições constitucionais. Diz Posner:

> By a happy coincidence, as I have said, many of the questions on which the unflinching embrace of the implications of wealth maximization might yield results contrary to widespread moral intuitions, such as lynching and torture, have been taken out of the area of judicial discretion by constitutional provisions. The

[20] As teorias dos grupos de interesses concluem que grupos mais compactos e coesos teriam mais chances de obter favores governamentais do que grupos mais difusos, de modo que as decisões públicas tenderiam a favorecer interesses de grupos específicos que nem sempre coincidem com o interesse geral.

> domain in which wealth maximization is allowed to operate in the law is, not surprisingly, the domain in which the principle of wealth maximization - once it is correctly understood, and not confused with the ethics of Mammon or Midas - expresses fundamental values of our political culture. (POSNER, 1987, p. 105)

Essa afirmação de Posner, no final de seu artigo de 1987, parece refutar muito do que ele defendeu ardorosamente sobre a maximização de riqueza. Ele admite implicitamente que há outros valores independentes da maximização de riqueza que devem ser preservados ainda que levem a resultados ineficientes. Isso significa que esses outros valores, pelo menos em alguns casos, seriam mais importantes que o aumento da riqueza. Estava assim aberta a porta para uma revisão radical de sua teoria da maximização de riqueza, que ocorreria algum tempo depois. Na obra *Problemas de Filosofia do Direito*, lançada originalmente em 1990, Posner abandona a defesa da maximização de riqueza como fundamento ético do direito, passando a considerar a riqueza como um entre vários outros valores a serem fomentados pelas instituições sociais (SALAMA, 2012, p. 475).

3 AS CRÍTICAS À MAXIMIZAÇÃO DE RIQUEZA COMO CRITÉRIO DE JUSTIÇA

A teoria eficientista de Richard Posner gerou uma enorme polêmica e uma torrente de críticas. Nesta seção, serão examinadas algumas das objeções à maximização de riqueza como critério de justiça.

3.1 A rejeição da maximização de riqueza como um objetivo social atraente

Um dos principais opositores à teoria da maximização de riqueza proposta por Posner foi Ronald Dworkin. Em *Is wealth a value?* (1980a), Dworkin rejeita a maximização de riqueza como um objetivo atraente para a sociedade, seja concebida como um fim ou apenas um meio.

Dworkin (1980a, p. 195) explica que seriam possíveis duas concepções básicas da riqueza social como valor: (i) que a riqueza seria ela própria um fim (componente do valor); ou (ii) que a riqueza teria um valor

instrumental para perseguir outros objetivos. Dworkin rejeita ambas as possibilidades. Afirma que, para que pudéssemos considerar a riqueza como um componente do valor, ainda que não fosse o único, teríamos que aceitar que um aumento de riqueza sozinho seria um melhoramento ao valor (DWORKIN, 1980a, p. 196 e 201). Segundo Dworkin (1980a, p. 197), se a riqueza fosse ela própria um valor, seria recomendável que um tirano transferisse compulsoriamente e sem qualquer compensação um bem de uma pessoa para outra simplesmente porque essa outra pessoa atribui um valor maior a esse bem[21]. Na mesma linha de Posner, Dworkin explica que a ausência de compensação seria exigida pela maximização de riqueza porque assim seriam evitados custos de transação. Para Dworkin (1980a, p. 200), quando a riqueza se dissocia da utilidade, ela perde qualquer plausibilidade como componente do valor[22]. Por isso, Dworkin (1980a, p. 205) rejeita tanto a versão de que a riqueza seria o único componente do valor, como também a versão moderada de que seria apenas um dos componentes do valor.

Para Dworkin (1980a, p. 205), é óbvio que algumas vezes o aumento de riqueza causará melhoramentos de outros tipos. Portanto, Dworkin concorda com uma versão *fraca* da concepção instrumental de riqueza. Mas considera que isso não justificaria a orientação de que os juízes deveriam aplicar a maximização de riqueza como critério fundamental de justiça. Para isso, entende que seria necessária uma versão instrumental *forte* segundo a qual a adoção da maximização de riqueza como único critério de decisão fomentaria o valor que realmente importa em maior medida do que se os esforços se dirigissem diretamente ao objetivo desejado (DWORKIN, 1980a, p. 205-206). De acordo com Dworkin (1980a, p. 206), essa teoria deveria especificar em que

---

[21] Ainda que se possa concordar com Dworkin no sentido de que a maximização de riqueza não poderia ser um fim em si mesmo, é importante perceber que o exemplo que ele usa para fundamentar sua afirmação tem algumas falhas. A primeira delas é que, apesar de ter considerado que as trocas implicam custos de transação, Dworkin ignorou que a expropriação de bens pelo Estado também implicaria custos de transação, provavelmente mais altos que os custos da troca voluntária, especialmente se for necessário avaliar quem hipoteticamente atribuiria um valor mais alto a um determinado bem. Além disso, Dworkin também ignora os efeitos de desincentivo que decorreriam da perspectiva de expropriação de bens com base no simples fato de que outra pessoa valorizar um bem em maior medida que seu proprietário.

[22] Dworkin parece ignorar os efeitos nocivos que regras arbitrárias de redistribuição de recursos teriam sobre a atividade produtiva. Uma regra que atribuísse os recursos sociais a quem conseguisse deles extrair a maior felicidade em pouco tempo destruiria os incentivos à produção e levaria a sociedade à pobreza.

consiste esse objetivo final, que precisaria ser algo de valor independente da maximização de riqueza. E não há nada desse tipo na teoria da maximização de riqueza proposta por Posner.

Para Dworkin (1980a, p. 212), a afirmação de que a maximização de riqueza promoveria uma distribuição mais justa de recursos exigiria que os ideais de justiça distributiva fossem especificados de modo independente da maximização de riqueza, pois do contrário essa afirmação seria tautológica. A maximização de riqueza não poderia ser considerada instrumental a uma concepção de justiça, no entender de Dworkin, porque, diante das contingências a que está submetido o mercado, a eficiência não seria capaz de fomentar uma concepção independente de justiça; e a aplicação de uma concepção de justiça dependente das condições de mercado tornaria a tese instrumental tautológica[23] (DWORKIN, 1980a, p. 212-215).

3.2 As objeções à intermediação entre utilitarismo e kantismo

Como visto, Posner tentou ligar a sua teoria da maximização de riqueza tanto ao utilitarismo como à ideia de autonomia das teorias kantianas através argumento de que seria possível deduzir o consenso aos princípios da maximização da riqueza porque isso coincidiria com o interesse antecedente da ampla maioria das pessoas. Enquanto o consentimento estaria relacionado à ideia de autonomia (kantiana), o auto-interesse introduziria um elemento utilitarista à teoria (DWORKIN, 1980b, p. 573-574). Porém, essa intermediação entre o utilitarismo e o kantismo pelo critério da maximização de riqueza também recebeu críticas contundentes de Dworkin (1980b) e Kronman (1980).

Para Dworkin (1980b, p. 575), não seria possível extrair um consentimento (contrafactual) apenas da ideia de auto-interesse. Além disso, o auto-interesse a que Posner se refere só poderia ser o interesse antecedente.

[23] Dworkin (1980a, p. 213-214) explica que a solução não poderia ser uma teoria meritocrática. Isso porque, como os talentos recompensados pelo mercado são altamente contingentes, não haveria como garantir que a maximização de riqueza compensará o mérito fixado de um modo independente. Por outro lado, a adoção de um conceito dependente segundo o qual o mérito consistiria na capacidade de ter sucesso no mercado, faria com que a concepção instrumental de riqueza se tornasse tautológica.

Porém, considerações sobre o passado não seriam relevantes para a eficiência de Pareto, que seria o critério usado por Posner[24], embora pudessem ser relevantes para um tipo diferente de argumento de justiça (DWORKIN, 1980b, p. 582). Dworkin acrescenta que o critério de Pareto só teria algum sentido ético se fosse exigida a unanimidade; pois se for atenuado do modo que Posner propôs, exigindo apenas a concordância da ampla maioria, acabaria se tornando um critério utilitarista, com todos os seus defeitos congênitos (DWORKIN, 1980b, p. 582-583).

Kronman (1980) também critica a ideia da maximização de riqueza como um meio-termo atrativo entre o utilitarismo e a noção de autonomia individual. Para Kronman (1980) a maximização de riqueza não conseguiria ser atrativa nem aos utilitaristas nem aos kantianos. O utilitarismo atribui uma importância secundária às pessoas, justificando que sejam utilizadas como instrumentos para o aumento da felicidade total. Essa é uma crítica baseada na noção de autonomia individual. Para Kronman (1980, p. 233), esse argumento favorece a aplicação do princípio de Pareto, uma vez que a exigência de consentimento evitaria que uma pessoa seja usada como instrumento da felicidade alheia. Posner sugere que a maximização de riqueza restringiria o utilitarismo ao definir a riqueza como a disposição e capacidade para pagar. Porém, na visão de Kronman (1980, p. 234), o limite imposto pela maximização de riqueza ao utilitarismo não atenderia ao princípio da autonomia individual, uma vez que, em alguns casos, permitiria que a riqueza de uma pessoa fosse reduzida apenas com o propósito de aumentar a riqueza total. Consequentemente, do ponto de vista do utilitarismo, a maximização de riqueza não seria um ideal atrativo, pois restringiria a maximização da utilidade sem demonstrar respeito ao indivíduo no sentido kantiano (KRONMAN, 1980, p. 234).

---

[24] Embora a ideia de maximização de riqueza proposta por Posner coincida com o critério de eficiência de Kaldor-Hicks e não com a concepção paretiana, Posner usa o critério de Pareto para relacionar a maximização de riqueza simultaneamente com o utilitarismo e com as teorias kantianas. Isso seria possível, na perspectiva de Posner, porque há uma relação próxima entre ambos os critérios. O critério de Kaldor-Hicks poderia ser visto como uma atenuação do critério de Pareto, de modo a viabilizar sua aplicação prática.

O consentimento exigido pelo princípio de Pareto garantiria que ninguém seja tratado como instrumento para o bem-estar alheio, representando então um ideal moral baseado no respeito à autonomia individual e na concepção de que as pessoas devem ser tratadas como fins e não como meios (KRONMAN, 1980, p. 235). Ocorre que a exigência de unanimidade faz com que o critério de Pareto seja muito difícil de ser cumprido na prática.

Kronman (1980, p. 235-236) explica que haveria duas formas de atenuar o princípio paretiano: (i) a substituição pelo critério de Kaldor-Hicks, que equivale à ideia maximização de riqueza proposta por Posner; e (ii) a expansão do conceito de compensação para incluir a compensação *ex ante*. Essa noção ampliada de compensação não equipararia o princípio de Pareto à maximização de riqueza, pois o critério de Kaldor-Hicks não exige nem mesmo uma compensação *ex ante*; e, sem qualquer tipo de compensação, o ideal kantiano da autonomia individual seria violado (KRONMAN, 1980, p. 237-238). Portanto, o teste de Kaldor-Hicks seria irrelevante para um kantiano. Na visão de Kronman (1980, p. 238), o princípio de Pareto poderia ser viabilizado pela expansão do conceito de compensação, mas a adoção do critério de eficiência de Kaldor-Hicks não se justificaria em termos kantianos. Por isso, Kronman (1980, p. 239) considera que um kantiano moderado, disposto a ceder a considerações utilitaristas em alguns casos, rejeitaria a maximização de riqueza porque ela demandaria que abdicássemos do ideal de autonomia individual sem que haja garantia de um efetivo aumento da utilidade. Em conclusão, Kronman afirma que:

> A utilitarian who acknowledges that the pursuit of utility should be constrained by a respect for individual rights will not be led to adopt the principle of wealth maximization since that principle, unlike the Pareto criterion, fails to protect rights and does not express concern for the autonomy of persons. Likewise, a Kantian who is prepared to grant the relevance of utilitarian considerations in certain situations will not endorse wealth maximization since increases in wealth do not necessarily mean increases in utility. Moreover, if a Kantian accepts the Pareto principle as an appropriate expression of his conception of individual autonomy, but is concerned about the principle's practicality, he may have an incentive to relax its demanding requirements by expanding the notion of actual compensation. He will not have a reason of any kind, however, to soften the Pareto principle by adopting wealth maximization

> as his guiding norm. From either point of view - Kantian or utilitarian - the principle of wealth maximization makes no sense. Nor does it make sense as a rational compromise between these points of view, in the way, for example, that a utilitarian theory that explicitly incorporated the idea of rights might. (KRONMAN, 1980, p. 239-240)

Em suma, a maximização de riqueza não conseguiria superar nem os defeitos do utilitarismo nem os problemas das teorias kantianas, não se constituindo, portanto, em um ideal atraente sob nenhum desses pontos de vista.

3.3 Os tribunais como órgãos responsáveis por decisões constitutivas de valores

A pretensão de Posner no sentido de que os tribunais deveriam dedicar-se ao ideal da maximização de riqueza, deixando eventuais preocupações distributivas a outros órgãos, também recebeu objeções. Essas críticas têm basicamente dois fundamentos. O primeiro, de ordem normativa, é que a função dos tribunais *deve* ser outra. O segundo, de caráter descritivo, é que os tribunais não estariam aptos a tomar decisões com base em considerações econômicas. Além disso, há um certo ceticismo sobre a possibilidade de cooperação entre órgãos judiciais e legislativos caso se deixasse aos primeiros a função maximizadora de riqueza e aos últimos as medidas distributivas.

Segundo Tribe (1985), a abordagem econômica obscureceria a dimensão constitutiva das decisões constitucionais. Na visão de Tribe (1985, p. 595), as decisões constitucionais não serviriam apenas para implementar um sistema de valores já dado; mas também para redefinir e remodelar valores e a própria identidade de uma nação.De acordo com Tribe (1985, p. 614), as decisões constitucionais definiriam escolhas sobre o tipo de sociedade que queremos ser; o que não poderia ser respondido por análises de custo-benefício ou qualquer outra estratégia de maximização, porque essas estratégias seriam capazes apenas de medir o que já existe, mas não ajudam a decidir o que *deve* existir. Diz Tribe:

> The genuinely constitutional question presented by the choice between these two very different societies cannot be made with the help of any form of cost-benefit analysis or by any utility-maximizing strategy. For such a strategy can only measure what already exists; it cannot help us decide what should exist. And it is for guidance in that choice that we have accepted the Constitution as our fundamental law. (TRIBE, 1985, p. 614)

Então, nessa perspectiva, as decisões jurídicas, especialmente as decisões constitucionais, estariam incompletas caso se limitassem a considerações de custo-benefício, uma vez que assim abandonariam a dimensão constitutiva de valores que lhe é própria.

3.4 A circularidade da alocação de direitos maximizadora de riqueza

Parece haver um claro problema de circularidade na teoria de direitos proposta por Posner com base na maximização de riqueza. Como visto, um dos argumentos instrumentais em favor da maximização de riqueza seria a sua capacidade de fomentar um conjunto atraente de direitos individuais. Porém, os mesmos direitos que seriam fomentados pela maximização de riqueza são os direitos deduzidos do objetivo da maximização de riqueza (DWORKIN, 1980a, p. 206-207). O sistema de maximização de riqueza precisaria pressupor uma determinada distribuição inicial de direitos, pois ela afeta o valor que as pessoas atribuem aos bens e serviços (COLEMAN, 1980b, p. 524-525). Então, não seria possível definir a riqueza sem conhecer a alocação inicial de direitos; e sendo função do sistema jurídico definir essa alocação, a proposição de que o sistema jurídico deve alocar direitos de modo a maximizar a riqueza seria uma pretensão impossível (HIERRO, 1994, p. 953).

3.5 As preferências não-maximizadoras de riqueza

A teoria da maximização de riqueza proposta por Posner pretende servir às preferências dos indivíduos ou pelo menos dos membros produtivos da sociedade. Mas ela presume que o único interesse capaz de influenciar o comportamento das pessoas é a maximização da riqueza. Ocorre que, na realidade, os interesses das pessoas não se resumem a isso.

Com base em algumas pesquisas comportamentais, Swygert e Yanes (1998, p. 309-314) sugerem a existência do que chamam de “efeito de equidade” (*fairness effect*), que decorreria da influência de percepções relacionadas à equidade sobre o comportamento das pessoas em suas interações sociais, incluindo relações de troca. De acordo com Swygert e Yanes (1998, p. 309), os indivíduos se preocupariam tanto com a eficiência como com a equidade. Essa preocupação com a equidade poderia ser percebida em comportamentos em que as pessoas fazem escolhas que consideram mais equitativas ainda que resultem em alguma perda ao seu ganho individual[25] (SWYGERT; YANES, 1998, p. 309-312). Portanto, uma teoria da justiça que atribua alguma importância às preferências dos indivíduos teria que levar em conta tanto a eficiência econômica como a equidade.

Como explica Coleman (1980a, p. 231), as trocas livres não precisam necessariamente otimizar a riqueza e por isso não são necessariamente alocativamente eficientes. Em condições ideais de mercado, as trocas livres chegarão a um estado de coisas Pareto-ótimo correspondente aos critérios de preferência pessoal das partes, pois elas negociarão até que não possa mais haver ganhos mútuos. Mas, quando outras preferências estiverem em jogo, o resultado pode não ser alocativamente eficiente. O próprio Posner parece reconhecer isso ao conceber um esquema redistributivo baseado no nível de altruísmo presente na sociedade. Contudo, o sistema de maximização de riqueza levaria em conta apenas as preferências das pessoas produtivas.

Segundo O´Hanlon (2009, p. 75-77), as pessoas têm noções de equidade que elas associam à moral; e esperam que o direito siga essas normas. Por isso, as noções morais não poderiam ser ignoradas pela teoria jurídica. Na medida em que a visão de racionalidade tradicionalmente adotada pelos economistas exclui as influências da moral sobre o comportamento humano, não retrataria adequadamente a realidade (O´HANLON, 2009, p. 76).

[25] Esse “efeito de equidade” poderia inclusive ser explicado com base na eficiência, uma vez que teria o efeito de facilitar as trocas livres ao reduzir custos de transação. Isso demonstraria uma interdependência entre equidade e eficiência (SWYGERT; YANES, 1998, p. 312-314).

3.6 A dependência de premissas irreais

Algumas objeções apresentadas por Kornhauser (1980, p. 610-616) à proposição descritiva de Posner de que a *common law* norte-americana seria de fato eficiente nos ajudam a perceber as dificuldades práticas da proposição normativa da maximização de riqueza. Kornhauser (1980) explica que a conclusão de que um esquema normativo é eficiente exige a definição de algumas premissas. A primeira delas seria o fator tempo. Conforme o horizonte de planejamento, a conclusão sobre a eficiência de uma decisão pode variar. Uma regra que poderia ser dita eficiente num determinado período de tempo, pode não ser a mais eficiente se considerarmos um prazo distinto. A introdução do fator tempo torna-se ainda mais problemática quando o período considerado envolve várias gerações. Nesse caso, a escolha de um modelo eficiente dependeria do peso relativo que se atribua a cada geração afetada pela decisão (KORNHAUSER, 1980, p. 614-615).

A conclusão de que uma regra é eficiente também dependeria das alternativas com as quais ela é comparada, explícita ou implicitamente (KORNHAUSER, 1980, p. 616-617). Além disso, a descrição de uma regra como eficiente pode variar conforme a caracterização de mundo que se adota como base (KORNHAUSER, 1980, p. 619-620). Os modelos simplificados costumam presumir a estabilidade de preferências, a estabilidade de tecnologia e a igual distribuição do conhecimento. Essas premissas são claramente irreais. E uma vez que consideramos esses fatores como variáveis, como de fato são, a conclusão sobre a eficiência das regras pode variar de acordo com a caracterização de cada um desses fatores (KORNHAUSER, 1980, p. 619-620).

Portanto, a conclusão sobre a eficiência de um determinado esquema normativo depende: (i) do horizonte temporal considerado; (ii) da definição das regras ou instituições de comparação; e (iii) da definição das premissas sobre distribuição de informações, estabilidade de preferências e constância tecnológica (KORNHAUSER, 1980, p. 620-621). E a definição dessas premissas depende de alguns julgamentos de valor. Portanto, a conclusão de que algo é eficiente dependeria de premissas cuja definição se constitui numa questão normativa que não poderia ser decidida com base na maximização de riqueza.

3.7 O déficit de informações para chegar a conclusões precisas sobre a eficiência

De acordo com Rizzo (1980), o uso normativo da eficiência só teria sentido se dispusermos de mecanismos adequados que nos assegurem que determinados esquemas normativos possam nos levar pelo menos a uma aproximação razoável à eficiência. Mas para isso, de acordo com Rizzo (1980), não seria suficiente uma análise de equilíbrio parcial (limitada a um setor da economia). Uma mudança vista como maximizadora num determinado setor poderia gerar efeitos negativos sobre outros setores superiores ao efeito positivo no setor examinado (RIZZO, 1980, p. 651-653). Precisaríamos então avaliar todos esses possíveis efeitos colaterais (*spillover effects*) numa análise de equilíbrio geral. Ocorre que as exigências de informação para que seja possível realizar essa medição seriam tamanhas que tornariam esse empreendimento praticamente inviável. Portanto, Rizzo (1980, p. 658) conclui que as exigências de informação que precisariam ser satisfeitas para identificar normas jurídicas eficientes fariam da eficiência um critério normativo impraticável.

4 AS CONSIDERAÇÕES SOBRE EFICIÊNCIA NO DIREITO

Até aqui vimos as severas críticas que a teoria da maximização da riqueza desencadeou. Mas é importante perceber que as críticas se dirigiram principalmente à pretensão de equiparar a maximização de riqueza à justiça, tornando a eficiência econômica o critério moral fundamental a basear as decisões jurídicas. Seria a “colonização” do próprio núcleo do direito pela análise econômica. Essa versão radical da teoria econômica do direito não obteve êxito. Mas isso não significa que considerações sobre a eficiência sejam irrelevantes para o direito.

Uma das principais questões com que os formuladores de normas jurídicas sempre se depararam é saber como cada norma efetivamente afeta o comportamento dos indivíduos. Até a década de 1960, essa pergunta era respondida basicamente mediante o emprego da intuição (COOTER; ULEN, 2012, p. 3). Mas a economia fornece uma teoria científica para predizer os

efeitos de diferentes estruturas de custos e benefícios sobre o comportamento humano. Não obstante as suas limitações, a ciência econômica tem demonstrado uma capacidade preditiva que não deve ser desprezada.

Os objetivos das políticas públicas dificilmente poderiam ser atingidos por meio de reformas jurídicas aleatórias ou cujos efeitos sejam presumidos apenas com base na intuição. O mesmo pode ser dito sobre as decisões judiciais. Se isso é verdadeiro, a análise econômica pode ser útil na medida em que fornece uma teoria científica para tentar predizer o efetivo impacto das normas jurídicas na sociedade[26]. Nesse sentido, a aplicação da teoria econômica no âmbito do Direito pode revelar consequências não intuitivas das normas jurídicas e decisões judiciais. Não é incomum que os reais efeitos de certas medidas sejam opostos aos objetivos que levaram à sua adoção[27]. Contudo, é preciso levar em conta fatores culturais e históricos, motivo pelo qual essa capacidade explicativa da teoria econômica pode ser considerada apenas parcial (SALAMA, 2008, p. 13). Embora a ciência econômica tenha demonstrado grande capacidade preditiva, é preciso compreender as suas limitações, especialmente quando o que está em jogo são bens jurídicos que não têm um preço de mercado.

É possível afirmar que, em geral, o desperdício de recursos deve ser evitado. Isso significa que há alguma conexão entre eficiência e justiça. Mas como as diversas críticas à teoria da maximização de riqueza indicam, não há uma identidade absoluta entre eficiência e justiça. Como afirma Tribe (1985, p. 620), a Constituição impõe certos limites, baseados em valores, que devem ser cumpridos ainda que isso resulte em custos ou na utilização de meios menos eficientes. É relevante, no entanto, que a sociedade saiba dos custos, não apenas

---

[26] Por exemplo, a proibição da cobrança de valores diferenciados pelos comerciantes de acordo com a forma de pagamento (dinheiro em espécie, cartão de crédito ou cartão de débito), limitando assim o livre exercício das atividades econômicas em favor de uma suposta proteção aos consumidores, quando avaliada sob as lentes da análise econômica, revela-se uma medida que, na realidade, aumenta a demanda pelo uso de cartões de crédito, o que resulta num custo adicional aos comerciantes que se reflete nos preços, favorecendo assim as empresas administradoras de cartões de crédito.

[27] É o caso clássico do controle de preços, que a teoria econômica provou ser prejudicial aos interesses dos consumidores por reduzir a oferta e ampliar a demanda artificialmente, incentivando ainda o surgimento de um mercado paralelo.

econômicos, das suas escolhas. Só assim poderá decidir conscientemente. E para isso a análise econômica é uma ferramenta fundamental.

Para Salama (2012, p. 478), ainda que a economia não forneça um guia ético adequado para o direito, ela fornece ferramentas úteis para iluminar a relação entre meios jurídicos e fins normativos. Por esse ângulo, a análise econômica pode ser muito importante para prever os efeitos de um determinado esquema normativo. Ainda que esses prognósticos sejam permeados por dificuldades, ainda assim a ciência econômica forneceria alguma orientação (KORNHAUSER, 1980, p. 635-637). A não ser que adotássemos uma teoria anti-consequencialista radical, em muitos casos essa informação poderia influenciar na resolução de questões jurídicas difíceis, ainda que não de modo decisivo. Como afirma Salama (2008, p. 36), a questão não é tanto se a eficiência pode ser igualada à justiça, mas como a definição do justo pode se beneficiar da discussão sobre custos e benefícios.

Mesmo reconhecendo a dificuldade de determinar em que circunstâncias e em que medida análises de custo-benefício deveriam ser consideradas, seria sensato examinar considerações sobre a maximização de riqueza e a eficiência alocativa como um dos vários fatores relevantes para as decisões judiciais (KORNHAUSER, 1980, p. 634-635). Ainda que a solução mais eficiente não deva ser necessariamente adotada, já que outros valores da sociedade podem ser predominantes, a definição dos reais efeitos de cada alternativa pode proporcionar mais racionalidade ao discurso jurídico. Então, a relação entre meios jurídicos e fins normativos seria a chave para entender a importância da ciência econômica para o direito (SALAMA, 2012, p. 479).

Além disso, a análise econômica permitiria também uma melhor compreensão dos institutos jurídicos ao avaliar o direito de uma perspectiva diferente, capaz de perceber similaridades entre diferentes áreas do direito que passariam despercebidas a um jurista (KORNHAUSER, 1980, p. 637-639).

Por conseguinte, o uso da eficiência no campo jurídico não requer que a maximização de riqueza seja vista como um critério de justiça. Em determinados casos, a definição dos direitos pode exigir algum tipo de argumento econômico, o que não é o mesmo que dizer que o juiz deva fazer com

que sua decisão leve necessariamente a um estado de coisas eficiente (COLEMAN, 1980b, p. 550).

Ainda que a preocupação não seja propriamente a maximização de riqueza, considerações sobre a eficiência podem ser fundamentais. Por exemplo, os defensores da igualdade distributiva não poderiam ignorar completamente a eficiência. Algum nível mínimo de riqueza certamente é necessário para pôr em prática políticas redistributivas. Como afirma O´Hanlon (2009, p. 97-98), esquemas redistributivos como o que foi concebido por Dworkin demandam uma ampla ação governamental, o que teria um custo. Sistemas redistributivos complexos seriam então inviáveis em sociedades pobres. Pode-se concluir daí que até mesmo para que haja alguma redistribuição de riqueza, não se pode ignorar completamente as considerações sobre a eficiência.

CONCLUSÃO

A teoria da maximização de riqueza proposta por Posner no final da década de 1970 representa claramente um excesso que talvez possa ser explicado pela euforia com a rápida expansão da nova análise econômica do direito, a partir dos trabalhos de Coase (1960) e Calabresi (1961). Ironicamente, podemos fazer um paralelo com as “bolhas” de mercado. Seria então a proposição posneriana de maximização de riqueza como critério de justiça sinal de uma *exuberância irracional*[28] da análise econômica do direito no final da década de 1970? Provavelmente. O próprio Posner refluiu de suas posições anteriores, adotando uma linha mais relacionada ao pragmatismo.

Portanto, a imagem do “estouro da bolha” parece apropriada. Mas, embora a pretensiosa teoria eficientista de Posner tenha naufragado, isso não significa que a análise econômica do direito tenha perdido todo o seu valor. Uma teoria instrumental fraca da eficiência, que a considere um elemento indispensável, ainda que insuficiente, para fomentar as condições necessárias a

[28] A expressão “exuberância irracional” foi usada por Alan Greenspan, ex-presidente do Federal Reserve norte-americano, para se referir à possibilidade de excesso de valorização das empresas “dot-com” (empresas de comércio eletrônico) no final dos anos 1990.

uma vida plena, como a educação e a saúde, é algo aparentemente bastante sensato.

Como não há uma identidade absoluta entre justiça e eficiência, algumas vezes as exigências da justiça podem recomendar opções que não sejam as mais eficientes do ponto de vista econômico. Mesmo nesses casos, a análise eficientista é fundamental. Primeiro, porque ela pode lançar luz sobre o que precisaremos abrir mão para seguir nossas intuições de justiça. Além disso, ao revelar os prováveis efeitos das medidas que considerávamos justas, é possível que reavaliemos nosso julgamento. A justiça tem um custo. Mas isso não significa que não valha a pena pagar o preço. Todas as escolhas humanas envolvem algum tipo de custo, que precisamos conhecer para fazer escolhas conscientes. A análise econômica do direito pode nos mostrar as etiquetas dos preços que precisamos conhecer. É difícil afirmar em abstrato os casos ou em que medida as considerações de eficiência poderiam influenciar as nossas percepções sobre a justiça. Mas é pouco provável que decisões desinformadas nos levem aonde queremos.

As necessidades humanas são tendencialmente ilimitadas, mas em contrapartida os recursos são escassos. Então, quanto maior o potencial de geração de recursos de uma sociedade, maiores serão as possibilidades para a ampliação de direitos, particularmente direitos sociais. Isso depende de arranjos sociais adequados que promovam o aumento da capacidade produtiva e da produtividade. Teorias da justiça que se preocupem com direitos sociais e a distribuição de recursos, mas desprezem a eficiência, podem até ser inspiradoras, mas não são capazes de obter os resultados esperados. Se por um lado a maximização de riqueza concebida como objetivo ético último não passa de “fetiche por papel verde”, teorias de justiça distributiva despreocupadas com a eficiência não são mais do que palavras bonitas.

A análise econômica é como uma bússola: aponta sempre para a mesma direção. Em nossa caminhada rumo à justiça, mesmo quando não desejamos seguir para onde ela aponta, precisamos dela para nos orientarmos.

REFERÊNCIAS

BRENNER, Reuven. *Economics - An Imperialist Science*. Journal of Legal Studies, Vol. 9, Issue 1 (January 1980), pp. 179-188

CALABRESI, Guido. *Some thoughts on risk distribution and the law of torts*. Yale Law Journal. n. 4, v. 70, p. 499-553, 1961.

______. *An Exchange: About Law and Economics: A Letter to Ronald Dworkin*. Hofstra Law Review, Vol. 8, Issue 3 (Spring 1980), pp. 553-562

COASE, Ronald H. *The problem of social cost*. Journal of Law and Economics. V.3, 1960, p. 1-44.

COLEMAN, Jules L. *Efficiency, Exchange, and Auction: Philosophic Aspects of the Economic Approach to Law*. California Law Review, Vol. 68, Issue 2 (March 1980), pp. 221-249

______.. *Efficiency, Utility, and Wealth Maximization*. Hofstra Law Review, Vol. 8, Issue 3 (Spring 1980), pp. 509-552.

COOTER, Robert; ULEN Thomas. *Law & Economics*. 6ª ed. Boston: Pearson, 2012.

DWORKIN, Ronald. *Is wealth a value?* Journal of Legal Studies, Vol. 9, Issue 2 (March 1980), pp. 191-226.

______.*Why Efficiency?* A Response to Professors Calabresi and Posner. Hofstra Law Review, Vol. 8, Issue 3 (Spring 1980), pp. 563-590

HIERRO, Liborio L. *La pobreza como injusticia (Dworkin v. Calabresi)*. Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho. núm. 15-16, vol. II (1994), pp. 945-969

KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KORNHAUSER, Lewis A. *A Guide to the Perplexed Claims of Efficiency in the Law*. Hofstra Law Review, Vol. 8, Issue 3 (Spring 1980), pp. 591-640

KRONMAN, Anthony T. *Wealth maximization as a normative principle*. Journal of Legal Studies, Vol. 9, Issue 2 (March 1980), pp. 227-242.

MANKIW, N. Gregory. *Princípios de microeconomia*. trad. Allan Vidigal Hastings e Elisete Paes e Lima. São Paulo: Cengage Learning, 2013.

O'HANLON, Stephen. *Equality, Entitlement, and Efficiency: Dworkin, Nozick, Posner, and Implications for Legal Theory*. Cardozo Public Law, Policy, and Ethics Journal, Vol. 8, Issue 1 (Fall 2009), pp. 31-102.

PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomia*. 6ª ed. trad. Eleutério Prado e Thelma Guimarães. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006.

POSNER, Richard A. *Utilitarianism, Economics, and Legal Theory*. Journal of Legal Studies, Vol. 8, Issue 1 (January 1979), pp. 103-140

______.*The Value of Wealth: A Comment on Dworkin and Kronman*. Journal of Legal Studies, Vol. 9, Issue 2 (March 1980), pp. 243-252

______.A. *The ethical and political basis of the efficiency norm in common law adjudication*. Hofstra Law Review, Vol. 8, Issue 3 (Spring 1980), pp. 487-508

______. A. *Wealth maximization revisited*. Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy, Vol. 2, Issue 1 (Fall 1985), pp. 85-106

RIZZO, Mario J. *The Mirage of Efficiency*. Hofstra Law Review, Vol. 8, Issue 3 (Spring 1980), pp. 641-658

SALAMA, Bruno Meyerhof. *O que é pesquisa em direito e economia?* Cadernos de Direito GV, caderno nº 22, vol. 5, n. 2, março de 2008.

______.. *A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner*. Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa - RIDB, v. 1, 2012, pp. 435-483.

SWYGERT, Michael I.; YANES, Katherine Earle. A Unified Theory of Justice: The Integration of Fairness into Efficiency. Washington Law Review, Vol. 73, Issue 2 (April 1998), pp. 249-328.

TRIBE, Laurence H. *Constitutional Calculus: Equal Justice or Economic Efficiency*. Harvard Law Review , Vol. 98, Issue 3 (January 1985), pp. 592-621

VARIAN, Hal R. *Microeconomia: conceitos básicos*. Trad. Maria José Cyhlar e Rocardo Doninelli. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

CAPÍTULO 2
JUSTIÇA E ALTERIDADE: REPENSANDO O PAPEL DA JURISDIÇÃO NOS DISSÍDIOS DE GREVE DE SERVIDORES

Robson R. Barbosa

Resumo: Ao regulamentar a greve dos servidores estatutários, o Supremo Tribunal Federal pensou logo em criar regras de competências jurisdicionais, mas não indicou os parâmetros apropriados para a solução de tais dissídios. Ao retirar essa matéria da alçada da Justiça do Trabalho, o Supremo Tribunal Federal pressupôs a suficiência da jurisdição comum para analisar os dissídios à luz da *dura lex*. Nesse contexto, não se sabe realmente o que é a (i)legalidade de uma greve de servidores que possuem uma liberdade sindical que vai muito além do estatuto. Então, como a jurisdição aí não deve agir conteudisticamente, em regra, mas a mera aplicação da lei vigente não é suficiente por não permitir uma aprendizagem a partir do conflito, pretendo ensaiar um outro parâmetro de atuação para os dissídios de servidores, algo que não seja simples conciliação: em vez de taxar quem é o vencedor e o vencido, o papel da jurisdição pode ser atuar antes para que as partes percebam a responsabilidade pelo Outro, baseado na *ética da alteridade* de Emmanuel Lévinas.

PALAVRAS-CHAVE: GREVE – SERVIDORES – JURISDIÇÃO - ALTERIDADE.

Resumen: En la regulación de la huelga de los servidores publicos, lo Supremo Tribunal Federal pensó en la creación de reglas de competencia, pero no indicó los parámetros adecuados para la solución de tales controversias. La Corte suposo la suficiencia de la jurisdicción común para examinar las disputas con la aplicación de la *dura lex*. En este contexto, no se sabe lo que es la legalidad de las huelgas de los servidores que tienen una libertad que va mucho más allá de textos legales. Entonces, como la jurisdicción no puede actuar conteudisticamente, pero la singela aplicación de la legislación vigente no es suficiente para permitir un aprendizaje desde el conflicto, quiero probar otro

parámetro de justicia a ser utilizado em estos casos, diferente de la simple reconciliación: en lugar de decir quién es el ganador y el perdedor, el papel de la jurisdicción puede ser actuar antes de que las partes se dan cuenta de la responsabilidad por el Otro, conforme enseña la ética de la alteridad de Emmanuel Levinas.

PALAVRAS-CLAVE: HUELGA – SERVIDORES – JURISDICCIÓN - ALTERIDAD

Introdução

Em que pese não haver consenso doutrinário sobre a significação da liberdade sindical, serve a conceituação proposta por Octavio Bueno Magano, certamente extraída da Convenção nº 87 da Organização Internacional do Trabalho, para o qual:

> [...] é o direito dos trabalhadores e empregadores de não sofrerem interferência nem dos poderes públicos nem de uns em relação aos outros, no processo de se organizarem, bem como o de promoverem interesses próprios ou dos grupos a que pertençam. (MAGANO, 1990, p. 24)

Consoante as lições de Oscar Ermida Uriarte (1983), a liberdade sindical é formada por uma estrutura triangular, composta da associação sindical, greve e negociação coletiva, sendo que a falta ou a insuficiência de qualquer um desses elementos inviabiliza a efetiva autonomia coletiva da classe trabalhadora.

Essa autonomia coletiva para os servidores públicos estatutários participarem da construção do ambiente de trabalho sempre foi objeto de controvérsias, pois a teoria do órgão, aliada à teoria da impermeabilidade, “não aceitava e segregação entre os interesses da Administração e dos seus servidores” (BARBOSA, 2012, p. 53), as quais sustentavam a imposição unilateral das condições de trabalho pela Administração Pública.

A Constituição da República de 1988 reconheceu a liberdade sindical para os servidores estatutários, no entanto, é controversa a sua operacionalização no ambiente de serviço público: a garantia da livre associação sindical (inciso VI do artigo 37) “foi o único dos componentes da liberdade

sindical sobre o qual não recaíram maiores controvérsias no que se refere à sua aplicabilidade" (BARBOSA, 2012, p. 23), mas sorte diversa acometeu à possibilidade do uso da greve e da negociação coletiva.

Embora a questão devesse ter sido resolvida perante o Legislativo[29], o gozo desses instrumentos da liberdade sindical dos servidores ficou aos "cuidados" do Judiciário.

De um lado, o Supremo Tribunal Federal entendeu que servidores estatutários não podem se valer da negociação coletiva, "um processo participativo voltado ao estabelecimento de condições de trabalho e emprego" (GERNIGON *et al.*, 2002, p. 120), que possibilita a pacificação dos conflitos coletivos oriundos das relações de trabalho, inclusive evitando ou auxiliando no término de greves[30].

Do outro, paradoxalmente, conquanto ainda não ter sido regulamentada por lei específica, a previsão constitucional da greve foi "regulamentada" pelo Supremo Tribunal Federal nos conhecidos mandados de injunção nº 670, 708 e 712, em que ordenou a aplicação da Lei nº 7.783, de 1989 (que regulamenta as paralisações dos regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho), às paralisações dos servidores estatutários.

Em que pese ser justificada a necessidade da contenção do quadro de "selvageria" causado pela greve não normatizada, em vez de procurar com que os próprios atores do serviço público buscassem alternativas pacíficas para evitar ou cessar as paralisações, o Supremo Tribunal Federal pensou logo em criar regras de competências jurisdicionais (MI 708), o que faz com que essas greves sempre sejam resolvidas no colo do Poder Judiciário.

---

[29] Já cheguei a abordar essa questão em outra oportunidade, em que suscito dúvidas sobre se a omissão legislativa "culposa" poderia ter decorrido da forma como cuidou o Supremo Tribunal Federal da liberdade sindical dessa categoria (BARBOSA, 2015).

[30] Nas ações diretas de inconstitucionalidade nº 492, em 1993, nº 114, em 1994, e nº 559, em 2006, em que declarou a inconstitucionalidade de normas infraconstitucionais que previam a negociação coletiva como direito sindical do servidor público estatutário. Os impedimentos elencados pelo Supremo Tribunal Federal redundam: "(i) na suposta ausência da previsão constitucional; (ii) na legalidade e na indisponibilidade [supremacia] do interesse público, que retiram qualquer margem de autonomia negocial do Administrador Público acerca da definição das condições de trabalho, as quais somente podem ser alteradas por Lei; e (iii) na vinculação da administração ao programa orçamentário, que impede a concreção dos eventuais efeitos financeiros das negociações". (BARBOSA, 2012, p. 26).

Vale dizer, a Corte Suprema pensou em quem iria julgar, mas não como resolver os dissídios desses servidores. O desapercebimento desse ponto crucial traz a seguinte controvérsia: mesmo a Constituição da República tendo assegurado a liberdade sindical para viabilizar alguma possibilidade de alteração (dinamização) entre os próprios atores no ambiente de serviço, mas por se invocar o dogma da legalidade estrita do regime, isso indicaria que, ao se instaurar um dissidio de greve, bastaria ao julgador aplicar a legislação em vigor, conforme o costume. É o que tem sido feito.

Contudo, se os problemas que levam à greve dos servidores decorrem da insuficiência ou insatisfação acerca do regime de trabalho disposto nesses normativos, parece que ele não serve como efetivo remédio para a jurisdição nesses dissídios: é ponto de partida, mas não deveria ser o único ponto de chegada.

Mas aqui surge outro empecilho, pois, tendo em vista que o julgador não tem competência legislativa típica (reforçado pela reafirmação da Súmula STF nº 339, agora Súmula Vinculante nº 37), não lhe bastaria mesmo outra coisa que não fosse analisar a observância da legislação em vigor no dissídio.

Mas é esse tipo de justiça que espera o ambiente de serviço público? Se assim o fosse, não haveria razão constitucional para assegurar a liberdade sindical à categoria, pois seria melhor confiar no demorado processo legislativo comum.

Ainda que inconscientemente, ao retirar da alçada da Justiça do Trabalho, o Supremo Tribunal Federal pressupôs a suficiência da jurisdição comum para analisar os dissídios à luz de estatutos. Nesse contexto, não se sabe realmente o que é a (i)legalidade de uma greve de servidores que possuem uma liberdade sindical que vai muito além do estatuto, dado que a Corte Suprema não indicou os parâmetros apropriados para a solução dessa situação.

Além desse dissídio não ser algo familiar para a Justiça Comum, é peculiar porque, de um lado, está a parte dos servidores, do outro, a parte da Administração (que defende interesse secundário, por óbvio e por consequência dos artigos 131 e 132 da Constituição da República), e necessariamente um

terceiro diretamente interessado (afetado) que não está na audiência ou arrolado no processo: a sociedade.

Não ignoro aqui o importantíssimo papel desempenhado pelo Ministério Público na defesa da sociedade, no entanto, como se viu, não é adequada a esse diferenciado tipo de demanda a mera fiscalização da lei vigente (custus legis), além do que, a ideia firmada pela jurisprudência de que a posição ministerial firmada nessa qualidade é insuscetível de consideração pelas outras partes (cf. STF, HC nº81.436/MG; STJ, HC nº 167.910/MG), não se coaduna com um procedimento cujo o diálogo é o norte.

Também não desconsidero o compromisso constitucional dos magistrados para com a sociedade. No entanto, é ilusória a ideia de que esses incorporam a identidade desse sujeito e que conhecem dos reais motivos que ensejaram aquela contenda no ambiente de serviço que levaram à greve. São paternalistas as decisões heterocompostas que se adiantam ao necessário diálogo entre os atores sob a pecha da proteção dos interesses da sociedade, pois, ao não permitirem o olhar para o outro entre as partes, não possibilitam uma aprendizagem institucional entre os envolvidos a partir daquele dissídio, e assim apenas remediam os conflitos que certamente retornarão, em prejuízo da continuidade dos serviços públicos.

Então, como a jurisdição aí não deve agir conteudisticamente, em regra, mas a mera aplicação da lei vigente não serve, pretendo ensaiar um outro parâmetro de atuação para os dissídios de servidores, algo que não seja simples conciliação: em vez de taxar quem é o vencedor e o vencido, o papel da jurisdição pode ser atuar antes para que as partes percebam a responsabilidade pelo Outro.

Para tanto, me socorrerei da *ética da alteridade* de Emmanuel Lévinas como critério de justiça a fim de estudar essa alternativa não usual para o papel da jurisdição nos dissídios de servidores, fora da tradição baseada no *cogito ergo sum* (ou, modernamente: existo, logo tenho direitos), que ofusca as possibilidades dadas pela alteridade.

Tal premissa teórica é oportuna porque me parece permitir uma solução não conteudística, porém responsável, para esses dissídios, porque abre os atores para a intersubjetividade sem que renunciem as suas identidades, fazendo-os refletir sobre suas pretensões sem serem indiferentes à realidade e possibilidades do Outro, cujos principais termos serão delineados a seguir.

A ética da alteridade de Lévinas

Para Emmanuel Lévinas, a filosofia contemporânea voltou à questão da significação do ser não apenas sob o prisma teorético, mas também sob o aspecto do comportamento (facticidade) humano. Tudo o que é e vem do homem é ontologia.

Contudo, essa visão totalizante tem por risco reduzir a compreensão do ser a sua existência (ser-no-mundo). A filosofia da essência (ontologia), que compreende o ser a partir do ente particular, não serve para a compreensão da relação com o Outro, pois, em que pese a intenção de compreensão, essa relação excede a compreensão, pois ele é ente enquanto tal, independentemente de conceitos prévios (LÉVINAS, 1997, p. 30).

A razão, assim, não é elemento previamente imprescindível para a relação com o Outro: a compreensão do Outro a partir da essência do ser gera violência, porque o Eu não invoca o Outro, apenas o nomeia a partir de uma descrição feita pela sua compreensão. Cria-se uma relação de poder (posse), pois a existência do Outro estaria condicionada ao Eu. Essa negação do ser, que causa sua morte, somente pode ser evitada no *face-a-face* (LÉVINAS, 1997, p. 35).

Portanto, a crítica de Lévinas sobre a filosofia contemporânea é a de que não deveria se esgotar na busca da significação do ser, mas também estudar as interações com o Outro, fora de qualquer relação de poder.

É nesse contexto que Emmanuel Lévinas busca explorar a proximidade do ser para o Outro, um tema não atual, por se tratar de outra coisa além do estudo do ser presente.

Sua crítica ao *humanismo do ser* repousa na constatação de que tem servido para si mesmo ou para as ciências, contudo, os outros aspectos do seu lado humano seguem lhe sendo estranhos.

A significação do ser é compreendida de modo diferente pelo autor, baseada nas recordações de uma violência, para que diferenças e relações não sejam compreendidas como contradições, tal como seriam na presença total do ser ou simultaneidade. Seria, para além da presença, proximidade ao Outro, sem indiferenças e sem prioridade do Mesmo, uma passividade mais passiva que toda a passividade, paciência e a compreensão do Outro como um ser inesgotável.

Esta prioridade é anterior ao ser no ato, anterior à qualquer ontologização, espaço onde se manifesta a ética proposta por Lévinas: a responsabilidade pelo rosto desnudo do outro homem.

Para compreender essa proposta, dispersa em muitos dos seus escritos, recorto aqui um breve apanhado sobre as principais ideias sobre a *ética da alteridade* de Lévinas levantadas na obra *Humanismo do Outro Homem* (2009).

Para Lévinas, os positivistas modernos partem da premissa de que inteligibilidade e realidade coincidiriam, vale dizer, significação se reduziria aos conteúdos dados pela experiência.

Colocando em xeque a *fenomenologia husserliana* que, para ele, em vez de cessar com essa forma de significação, nela teria permanecido, dado que ali a intuição segue sendo fonte da inteligibilidade, Lévinas entende que a significação não está ilhada num objeto, posto que nasce na referência de uns aos outros, e precede ao dado, vez que os objetos ganham significação através da linguagem, e não a linguagem através do objeto.

Também nesse sentido, Lévinas prega a superação da estrutura sujeito-objeto, porque a significação não se encerra no interior de um ser. Contudo, o autor anota que, para os filósofos contemporâneos, tais como os adeptos às correntes *bergsonianas* e *husserlianas*, a significação não se separa do acesso a ela. Mas rechaça que significação se restrinja às necessidades do ser,

pois seu sentido é dado anteriormente à necessidade, bem como que esse materialismo não permite a atribuição de um sentido unívoco do ser.

Por isso Lévinas entende que as pluralidades dos sentidos trazidos pelas culturas são fiéis ao sentido do ser desde que não se isolem, pois devem permitir o intercâmbio entre si ao invés ver o outro de fora da sua cultura como um bárbaro (LÉVINAS, 2009, p. 44), motivo pelo qual o ingressar numa cultura não pode ser feito a partir de outra: deve-se renunciar a uma pretensa linguagem universal fundada no *cogito*, pois essa imersão deve ser desnuda.

O sentido deve ser dado como uma obra que não se encerra em si e ignora a alteridade, mas sim numa orientação que vai do Eu ao Outro, que não retorna ao Mesmo. Cria-se uma responsabilidade para além da minha morte (em vez de ser para a morte), uma liturgia cuja significação não pressupõe reciprocidade. Tal liturgia não é acessória de uma ética, é a ética mesma.

Assim, Lévinas propõe uma visitação ao *rosto que fala*, a epifania do rosto do Outro se torna o próprio sentido, que não provém da necessidade e independe da significação recebida do mundo. Desse modo, a unidade do Eu significa uma infinita responsabilidade pelo Outro que não pode ser transferida.

Esse olhar humano foi ofuscado pela ineficácia da tentativa de se dominar e totalizar todos os espaços de uma consciência em si, contudo, Lévinas entende que a tentativa de superar esse fracasso mediante um processo de objetivação não afastou totalmente a subjetividade do *cogito*.

O fim da metafísica anunciado juntamente com a crise do humanismo, em verdade, trouxe uma metafísica não confessada. Com isso, o anti-humanismo (ou crítica ao humanismo) passou a pensar o homem como um meio, o que o impede da sua liberdade de reflexão e de encontrar a sua verdade (LÉVINAS, 2009, p. 88).

A solução proposta por Lévinas para o retorno da liberdade do ser seria pensar a sua subjetividade como a passividade mais radical, uma anterioridade metafísica ao plano ontológico, uma subjetividade anterior ao Eu. Com isso, a interioridade do Eu inverte anarquicamente a ordem do ser, pois

existe uma responsabilidade precedente a todo compromisso antes da formação do ser.

Essa passividade radical dá o sentido da responsabilidade que desborda (para além) da (não) liberdade, sendo tal conjunto nominado de Bem pelo autor (que não é um sentimento suavizador da violência, mas simples passividade, sendo o Mal a não aceitação dessa responsabilidade – LÉVINAS, 2009, p. 103-104).

Contra as premissas anti-humanistas, o autor entende que seria uma revolução copernicana entender que o sentido do ser humano não é medido por sua ontologia, não se relaciona com a sua mortalidade ou imortalidade, liberdade ou privação, mas sim na responsabilidade pelo Outro (LÉVINAS, 2009, p. 110).

A dificuldade de se aceitar a prática da Ética proposta por Lévinas decorre da pregação do fim do humanismo e da metafísica (morte de Deus e do homem). Mas não se pode ignorar que é robusta a crítica ao humanismo dado que a sua abordagem do homem mascarava uma realidade escravizadora, violenta e exploradora pela sua ideologia.

O estudo do homem já não mais era aceito como filosofia da consciência. A razão precisaria ser encontrada fora do próprio homem. Contra essa desconfiança, passaram a pregar metodologias formalistas para aferir a veracidade das coisas, pois o Eu verdadeiro idealizado pelo humanismo e pela metafísica não coincidia consigo mesmo. Vale dizer, a ideologia causou a alienação do homem pelo homem.

A chave estaria em buscar a significação da identidade do Eu que não carregue as marcas do homem e que não falseie a própria identidade, tudo livre de ideologia pura.

Nesse contexto, Lévinas ressalta que Martin Heidegger radicalizou o anti-psicologismo husserliano, juntamente com as ciências humanas, contra a razão centrada na subjetividade transcendente (sinônimo de metafísica em Heidegger). O mundo interior é questionado a partir do estranhamento do homem no próprio mundo.

No entanto, Lévinas questiona se aquele Eu que era um Outro, em vez de ser entendido como resultado da alienação ideológica (tal como em Heidegger), seria o próprio sentido da subjetividade.

Lévinas concorda (com Heidegger) que o ser não é interior, mas em vez de rechaçar a subjetividade porque seria também interior, entende que ela, em verdade, é caracterizada por não poder se fechar. Subjetividade é a abertura exterior a todos os outros, não com a vontade de se mostrar ou com a intencionalidade da consciência, mas sim vulnerabilidade, assim descrita:

> La noción de subjetividad, que proponemos aquí, no consiste ni en conjunción de estructuras, ni en red de reflejos. No remite a la interioridad de la conciencia trascendental precavida de antemano contra todo traumatismo y, desde el fondo de su misma receptividad, asumiendo el dato. La subjetividad *significa* por una pasividad más pasiva que toda pasividad, más pasiva que la materia, por su vulnerabilidad, por su sensibilidad, por su desnudez más desnuda que la desnudez, por el desnudarse sincero de esta desnudez que se convierte en decir, por el decir de la responsabilidad, por la sustitución en la que la responsabilidad se dice hasta sus últimas consecuencias, por el acusativo sin nominativo del sí, por la exposición al *traumatismo* de la acusación gratuita, por la expiación por Otro. (LÉVINAS, 2009, p. 125)

A quebra das defensivas gerada pela vulnerabilidade permite a sinceridade na relação com o Outro, o que coloca o ser também numa obsessão pela aproximação com o Outro, responsabilidade essa que não é assumida pelo ser, mas sim pré-original (anterior à essência). A subjetividade passa a ser inocente de conjunções ontológicas, pois é anterior à essência (juventude).

Assim, o sentido do ser não deve estar atrelado a sua morte, mas sim na capacidade de se alterar (alteridade), ser outra coisa.

Ademais, embora seja seu profundo admirador, Lévinas entende que Heidegger, mesmo tendo denunciado o estranhamento do ser no mundo, não conseguiu dissipar toda a metafísica objeto de suas críticas.

Entende que o fracasso da identidade interior já era abordado desde as escrituras sagradas (por exemplo: Salmo 119; Levíticos 25:23), pois atestavam que o homem é um forasteiro no mundo. As escrituras são, segundo o autor, anteriores à filosofia grega da qual Heidegger vincula o início do

estranhamento (razão pela qual não seria necessário filosofar para chegar a tal conclusão).

Essa condição de forasteiro faz com que a diferença entre o Eu e o mundo seja prolongada por obrigações para com o Outro. Tendo em vista que ninguém é dono da Terra, essa condição de servidão é que faz com que os homens se busquem.

Por isso ninguém pode resumir-se em sua interioridade, ser fim em si mesmo, pois a humanidade do homem (subjetividade) está na responsabilidade que tem para com o Outro.

Portanto, a ética da alteridade de Lévinas propõe repensar o homem na condição de refém do Outro, que não é do mesmo gênero do Eu porque é responsável sem aguardar reciprocidade, vez que é o responsável primeiro.

É uma teoria de difícil aceitação (e não compreensão) porque a sociedade estranha qualquer tipo de relação que não seja mensurada economicamente[31]. Para trazer humanidade a esse sistema "impessoalizado" pelo dinheiro, é preciso pensar na transcendência do rosto, utilizando a linguagem como ferramenta de individualização do Outro, mas sem o totalizar.

Tal observação também se aplica ao objeto de pesquisa: obviamente buscam os servidores grevistas algum ganho remuneratório ou melhoria de ambiente de trabalho[32], mas, dados os óbices materiais da jurisdição para a solução desses casos tratados anteriormente, é possível uma “justiça sem quantidade e sem reparação?” (LÉVINAS, 1997, p. 69)

Com efeito, a prospecção dessa teoria sobre os dissídios de servidores somente logrará êxito se se pensar além dos critérios de justiça tradicionais: em vez de tentar alcançar a *regra de ouro*, *suum cuique tribuere*, etc., é preciso compreender que a jurisdição pode fomentar a alteridade.

---

[31] Por exemplo, ainda que não haja condenação principal pecuniária, a nossa legislação processual civil, em regra, determina que a sentença estipule o pagamento de honorários e despesas. Sempre deve haver dinheiro ao final.

[32] Já abordei em outra oportunidade que esses movimentos grevistas, para além de questões salariais ou de serviço, podem ser uma forma de luta por reconhecimento da autonomia da categoria (BARBOSA, 2015).

A alteridade como critério de justiça nos dissídios de servidores

Em Lévinas, é possível perceber que a justiça somente surge a partir da responsabilidade pelo Outro, pois nesse âmbito é que a equidade ínsita à justiça poderia fazer comparações:

> [...] Mas é sempre a partir do Rosto, a partir da responsabilidade por outrem, que aparece a justiça, que comporta julgamento e comparação, comparação daquilo que, em princípio, é incomparável, pois cada ser é único; todo outrem é único. (LÉVINAS,1997, p. 148)

Essa responsabilidade é despojada e assimétrica, pois não interessa o que o Outro significa em relação a mim, posto que tenho uma responsabilidade prévia e infinita para com ele (LÉVINAS, 1997, p. 149). Assim, para o autor, justiça é:

> [...] o acolhimento de frente, no discurso. Se a verdade surge na experiência absoluta em que o ser brilha com a sua própria luz, a verdade só se produz no verdadeiro discurso ou na justiça. (LÉVINAS, 1988, p. 58)

Mas Lévinas não é utópico ao ponto de acreditar que não existiria um mundo de cidadãos além do face-a-face, pois as pessoas podem agir com injusta violência contra aqueles que buscam a responsabilidade pelo Outro. Esses que partem da violência não merecem a vulnerabilidade da subjetividade que se abre para o rosto:

> [...] Quando falo de Justiça, introduzo a idéia da luta com o mal, separo-me da idéia da não-resistência ao mal. Se a autodefesa causa problema: o 'carrasco' é aquele que ameaça o próximo e, neste sentido, chama a violência e já não tem Rosto. (LÉVINAS,1997, p. 149)

É por isso que Lévinas adiciona à ideia da *intersubjetividade assimétrica* a noção de justiça, que pressupõe juízes e instituições do Estado (Administração Judiciária) na aplicação de certa dose de violência para fazer frente ao próprio violento:

> Se não houvesse ordem de justiça, não haveria limite para minha responsabilidade. Há uma certa medida da violência necessária a partir da justiça; mas, se falamos de justiça, é necessário admitir juízes, é necessário admitir instituições com o Estado (LÉVINAS, 1997, p. 149)

Contudo, em que pese haver no Estado uma violência que pode comportar justiça, é preferível que a utilize como *ultima ratio*, deixando a negociação e a palavra substituírem-na sempre que possível:

> Há no Estado uma parte de violência que, todavia, pode comportar a justiça. Isto não quer dizer que não é necessário evitá-la, à medida do possível; tudo o que a substitui na vida entre os Estados, tudo o que se pode deixar para a negociação, para a palavra é absolutamente essencial, mas não se pode dizer que não haja nenhuma violência que seja legítima. (LÉVINAS, 1997, p. 150)

É que, mesmo podendo utilizar de justa violência, o uso do rosto do Outro, a alteridade e o fomento às relações intersubjetivas são a medida da legitimidade da atuação do Judiciário.

Nesse papel, entre evitar a violência (agindo com ela apenas se necessário for) e estimular a responsabilidade ética pelo Outro, podemos situar a legitimidade da jurisdição nos dissídios de greve.

Naturalmente, a primeira dificuldade de se promover esse tipo de responsabilidade reside na cultura jurídica brasileira, em que impera a “lógica do contraditório, que propõe um dissenso infinito e veda qualquer consenso entre as partes” (KANT DE LIMA, 2009, p. 31), a qual incentiva os atores ao desejo de eliminação, conquista ou vitória sobre o Outro.

Esse problema é acentuado pelo fato de que, ao negar a institucionalização da negociação no serviço público estatutário como reflexo da autonomia coletiva da categoria, ainda que inconscientemente, o Supremo Tribunal Federal pode ter isentado servidores e Administração da responsabilidade pelo próprio discurso que teriam caso tivessem voz no estabelecimento das condições de trabalho[33].

É que, em razão do não reconhecimento da força dos termos negociados - que, se lida em consonância com a Constituição de 1988, veio justamente para colocar dentro da legalidade os pactos antes realizados informalmente -, foi criado um quadro em que, de um lado, inúmeras greves no

---

[33] Também já abordei a possibilidade dessa solução judicial ter criado um parassistema constitucional administrativo, na medida em que abre brechas para negociações clandestinas entre servidores e Administração Pública (BARBOSA, 2015).

serviço público sejam deflagradas em decorrência da possível falta de abertura de espaço pela Administração Pública para dialogar, do outro, podem decorrer de reivindicações dos servidores que passam ao largo das possibilidades do Poder Público e que, evidentemente, não podem ser atendidas.

Devo somar a isso uma desconfiança social generalizada sobre os ganhos da categoria, fundada no temor da concessão de privilégios que não atendam o interesse público, a qual pode ser assim explicada:

> Quanto aos impactos políticos, algumas análises salientam que a institucionalização o da negociação coletiva no setor público ameaçaria a democracia ao propiciar um canal privilegiado de acesso ao Estado para um grupo de interesse particular, isto é, os sindicatos dos servidores públicos. Dificilmente, argumentam os autores, haveria a formação de outros grupos de interesse fortes o suficiente para contrabalançar os sindicatos de servidores públicos, o que faria com que os governantes não pudessem resistir às pressões por aumentos salariais (cf. Summers, 1980; Cohen, 1980). (CHEIBUB, 2000, p. 122)

A jurisdição, nesse contexto, precisa visualizar os dissídios como um remédio para as mencionadas deficiências da negociação coletiva, estimulando, através da ética da alteridade, uma postura de responsabilidade discursiva da Administração e servidores para que levem à audiência seus reais reclames e pretensões viáveis e, principalmente, que ouçam e se esforcem sinceramente na compreensão do Outro, o que poderia sanar a tensão que acaba desaguando nas greves e também evitaria a desconfiança social (vez que a sociedade atual tende a depositar suas esperanças de moralidade na magistratura).

Vale dizer, a audiência vira asseguradora do medo social mediante a reinserção do elemento ético responsável afastado pelas deficiências da liberdade sindical no serviço público (embora num espaço não ideal, porque a negociação legítima anterior ao dissídio poderia evitar a própria judicialização), e assim supriria o déficit de legitimidade dos pactos entre servidores e Administração.

Mas esse negociar sob os olhos da jurisdição não significa forçar os atores a fecharem algum acordo[34], mas sim olhar para o rosto do Outro.

Então a jurisdição, para cessar com o quadro de violência reciproca, e para que os atores se abram para a vulnerabilidade, pode dirigir primeiramente o comando do “não matarás o Outro” decorrente da responsabilidade (LÉVINAS, 1997), utilizando até mesmo da violência (força estatal legítima) para que Administração e servidores se abram para essa postura.

É um empoderamento diferenciado das partes, que consiste na percepção pelos atores do seu “poder/dever” residente na responsabilidade pelo Outro, *conditio sine qua non* para que compreendam a viabilidade das suas próprias pretensões.

O que segue a isso é diferente da conciliação que reduz à vontade única: a ética da alteridade não visa a indiferença. Não há efetiva conciliação quando as partes não se abrem para a compreensão do Outro, apenas um ou ambos saem perdendo em parte.

Não é também mera conciliação porque não se deve deixar “solto” o acordo que poderá ser feito em juízo, pois, como disse anteriormente, existem terceiros diretamente interessados que não tem voz na audiência: a sociedade.

Isso porque a responsabilidade ética a ser buscada nos dissídios não é aquele tipo de amor traduzido na relação intersubjetiva reduzida ao Eu e ao Tu (a dois), que, para Lévinas, é negação da essência da sociedade, pois ignora a realidade social do terceiro:

> [...] O amor, que o pensamento religioso contemporâneo, desembaraçado de noções mágicas, promoveu à categoria de situação essencial da existência religiosa, não abrange, portanto, a realidade social [...] A crise da religião na vida espiritual contemporânea deriva da consciência de que a sociedade ultrapassa o amor, de que um terceiro assiste ferido ao diálogo a moroso, e de que, em relação a ele, a própria sociedade do amor é injusta [...] A crise da religião vem, portanto, da impossibilidade de isolar-se com Deus e de esquecer todos os que ficam fora do diálogo amoroso [...] seria preciso desenvolver a noção de Deus e de seu culto a partir das

[34] Talvez por não perceber que a negociação é um instrumento dialógico por excelência, que não implica necessariamente em acordos materiais, é que o Supremo Tribunal Federal negou a institucionalização dessa ferramenta.

> necessidades inelutáveis de uma sociedade que comporta terceiros (LÉVINAS, 1997, p. 48)

Logo, o papel da jurisdição perante os dissídios remete à busca pela responsabilidade ética que vai além da relação entre os íntimos do serviço público, pois deve também buscar o rosto da sociedade:

> Mas a ordem da justiça dos indivíduos responsáveis uns pelos outros surge não para restabelecer esta reciprocidade entre o eu e seu outro, mas por causa do terceiro que, ao lado deste que me é um outro, me é 'também um outro'. (LÉVINAS, 1997, p. 297)

Fora desses aspectos humanos que envolvem os dissídios de greve, em que pese utilizarem do pretexto do bem comum, as decisões heterocompostas que não dão chance para a alteridade podem ser negativamente paternalistas, na visão de Lévinas:

> Má consciência da justiça! Ela sabe que não é tão justa quanto é boa a bondade que a suscita. Contudo, quando ela a esquece, corre o risco de soçobrar num regime totalitário e stalinista, e de perder, nas deduções ideológicas, o dom da invenção de formas novas de humana coexistência. (LÉVINAS, 1997, p. 298)

É importante que a jurisdição tenha em mente que, para além de um amontoado de papéis, os dissídios envolvem pessoas que clamam também pela consideração da sua humanidade por parte do Estado. Nesse aspecto, embora diferentes, essa caridade que anseiam os dissídios é impossível sem a justiça do Estado, e a justiça é deformada pela ausência dessa mesma caridade:

> Tentei fazer esta dedução: a própria justiça nasce da caridade. Podem parecer estranhas, quando apresentadas como etapas sucessivas; na realidade, são inseparáveis e simultâneas, salvo se estivermos numa ilha deserta, sem humanidade, sem terceiro (LÉVINAS, 1997, p. 151)

Conclusão

Como a solução para a jurisdição nos dissídios de greve de servidores estatutários proposta, baseada na *ética da alteridade* de Lévinas, não leva consigo nada de silogístico, antevejo críticas a esse projeto por aqueles que, crentes das técnicas decisórias tradicionais, o taxarão de vazio de conteúdo ou

de mera audiência conciliação “maquiada”, vez que um discurso humanizado da jurisdição lhes é algo intolerável.

Mas tendo em vista que a experiência gerada pela regulamentação judicial da greve, tida por esses como hercúlea, gerou um quadro incompreendido de violência recíproca, somente a responsabilidade pelo Outro pode solucionar tais aspectos que não foram pensados no momento de erudição do Supremo Tribunal Federal.

Então, contra o desestímulo ao sentimento de responsabilidade pelos seus discursos e ações, decorrente do não reconhecimento da plenitude da autonomia dos servidores para a resolução dos seus próprios problemas, os dissídios podem ser utilizados como espaço de recuperação dessa “maioridade” para que possam compreender as suas responsabilidades para com a Administração e vice-versa, sem qualquer neutralização das suas identidades.

Por outro lado, a jurisdição também pode fazer frente à desconfiança da autonomia dessa categoria perante à sociedade, servindo de critério legitimador das tratativas advindas dos que participam do ambiente do serviço público.

Mas, para tanto, é preciso que a jurisdição nesses dissídios busque algo além da aplicação da *dura lex*, mais humanidade e menos formalidade, pois são raras as vezes em que servidores e Administração são chamados para uma audiência antes de do processo ser extinto.

Essas decisões heterocompostas podem até ser válidas sob o ponto de vista formal, mas porque não permitem que as partes percebam o rosto do Outro, não aplicam um critério de justiça que encerra satisfatoriamente o conflito. Lévinas sabe que a justiça não é perfeita, mas no esforço que fizer em prol da alteridade é onde residirá o móvel da sua legitimidade:

> Eu o tenho dito: é em nome da responsabilidade por outrem, da misericórdia, da bondade às quais apela o rosto do outro homem que todo o discurso da justiça se põe em movimento, sejam quais forem as limitações e os rigores da *dura lex* que ele terá trazido à infinita benevolência para com outrem. Infinito inesquecível, rigores sempre a abrandar. Justiça a se tornar sempre mais sábia em nome, em memória da bondade original do homem para com seu outro, em que, num des-inter-

> essamento ético - palavra de Deus! - se interrompe o esforço inter-essado do ser bruto a perseverar em ser. Justiça sempre a ser aperfeiçoada contra suas próprias durezas. (LÉVINAS, 1997, p. 298)

Simplório para aqueles que aguardam uma solução matemática, ou apenas simples para os que dominam a alteridade levinasiana, o ensaio teve por finalidade estudar a possibilidade do papel da jurisdição consistir em ser mais caridosa para os aspectos humanos que envolvem os dissídios de greve dos servidores, alternativa que faria diferença para a continuidade do serviço público, pois “a caridade é impossível sem a justiça, e [...] a justiça se deforma sem a caridade” (LÉVINAS, 1997, p. 168).

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Robson R. Greve dos servidores como luta por reconhecimento. 2015 (no prelo)

BARBOSA, Robson R. Negociação Coletiva na Administração Pública: uma releitura da legalidade e da supremacia do interesse público. Trabalho de Conclusão de Curso (Direito) – Centro Universitário do Distrito Federal - UDF. Brasília, 2012.

BARBOSA, Robson R. O STF, a greve e a negociação coletiva dos servidores: ativismo em favor do quê?. In: Paulo Gustavo Gonet Branco. (Org.). Ativismo em decisões judiciais. 1ed.Brasília/DF: IDP, 2015, v. , p. 276-293.

BARBOSA, Robson R. Racionalidade da jurisdição e *paraconstitucionalismo*: efeitos da solução judicial da greve dos servidores sob à luz da teoria do discurso de Jürgen Habermas. 2015 (no prelo)

CARRASCO, Manuel Correa. La negociación colectiva como fuente del derecho del trabajo. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, Boletin Oficial del Estado, 1997.

CHEIBUB, Zairo B. Reforma administrativa e relações trabalhistas no setor público: dilemas e perspectivas. Rev. bras. Ci. Soc. [online]. 2000, vol.15, n.43, p. 115-146. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-69092000000200007>. Acesso em 30 de setembro de 2012.

GERNIGON, Bernard; *et al*. A negociação coletiva na administração pública. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

HODGES-AEBERHARD, Jane; DIOS, Alberto Odero de. Princípios do Comitê de Liberdade Sindical Referentes a Greves. Brasília: OIT, 1993.

KANT DE LIMA, Roberto. Sensibilidades Jurídicas, Saber e Poder: Bases Culturais de Alguns Aspectos do Direito Brasileiro em uma Perspectiva Comparada. Anuário Antropológico, N. 2, 2010, p. 25-51.

LÉVINAS, Emmanuel. Entre nós: Ensaios sobre a alteridade. Trad. Pergentino Stefano Pivatto (coord.).Petrópolis: Vozes, 1997.

_________________. Humanismo del otro hombre. Trad. Daniel Enrique Guillot. Chalco: Siglo, 2009.

_________________. Totalidade e Infinito. Trad. José Pinto Ribeiro. Lisboa: Edições 70, 1988.

MAGANO, Octavio Bueno. Manual de Direito do trabalho: direito coletivo do trabalho. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1990, vol. 3.

OIT. Recopilação de Decisões e Princípios do Comitê de Liberdade Sindical do Conselho de Administração da OIT. 1ª edição. Brasília: OIT, 1997.

URIARTE, Oscar Ermida. Apuntes sobre la huelga. Montevidéo: FCU, 1983.

CAPÍTULO 3
JUSTIÇA E ALTERIDADE: COMPREENSÃO DO OUTRO COMO FUNDAMENTO PARA CONCRETIZAÇÃO DO MANDAMENTO DE PROTEÇÃO INTEGRAL À VÍTIMA DE VIOLÊNCIA.

Ana Cláudia Loiola de Morais Mendes

Haverá certeza de que já a mais humilde experiência daquele que se coloca em lugar do outro – isto é, se acusa do mal ou a dor do outro – não vem animada pelo mais eminente sentido, segundo o qual "eu é um outro"?[35]

Introdução

O conceito de justiça possui diferentes acepções teóricas, que variaram ao longo do tempo e da história do pensamento humano. A concepção de justiça, essencial à compreensão e à legitimidade do direito, pela própria natureza cambiante – dependente de cada momento histórico – leva-nos à questão de como cada sociedade distribui os bens que mais valoriza, no ideal de dar a cada um o que é devido.

Todavia, tal compreensão básica de justiça – *suum cuique tribuendi* (dar a cada um o que lhe é devido) – não serve para repelir a angústia relativa à legitimidade do direito, uma vez que não basta o argumento da força e da coercitividade para o exercício do poder estatal, sendo necessária também a contribuição dos atores envolvidos na construção do próprio conceito.

Esta legitimidade buscada vai basear-se em um plano argumentativo, dentro de cada concepção de justiça, que constituirão dado importante para o debate democrático.

Dentro da concepção de justiça como um bem em si, aceita desde a Antiguidade, o valor em questão faz com que seja a base da fundamentação das

---

[35] LÉVINAS, Emmanuel. Humanismo do Outro Homem. Trad. Pergentino S. Pivatto (coord.). 4ª ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 98.

regras positivas. Se por um lado não se nega que entre direito e força existe uma relação necessária, por outro há que se admitir que a validade do direito não se funda unicamente no fato dele ser coativo, mas principalmente por ser legítimo, neste passo, aceito pela coletividade.

Sendo assim, o estudo da norma jurídica não abre mão do exame de sua aptidão para fazer convergir o mundo ideal (dever ser) para o mundo real (ser). Nessa tentativa de convergência de interesses, a fim de compatibilizar os dois mundos, o ideal e o real, na construção de uma sociedade que se pretende mais justa, é que se buscam visões de realidade que possam integrar melhor a tarefa interpretativa e integrativa do direito.

No que diz respeito ao tema violência de gênero, importante se faz remessa a conceitos como alteridade e diferença, com todas as implicações advindas da complexidade decorrente das relações humanas envolvidas, da consideração da situação de violência como resultado da incompreensão do outro como ser, como sujeito detentor de vontades e interesses próprios. Neste contexto, busca-se integrar o mandamento da proteção integral dentro da perspectiva preconizada por Emmanuel Lévinas, o olhar para o outro.

E foi justamente em razão desta ideia de justiça que surgiu o móvel deste artigo. Na tentativa de compreender a justiça dentro dessa perspectiva, de um olhar para o Outro, vislumbra-se um caminho de conferir efetividade ao mandamento de concretização da proteção integral do direito da vítima de violência.

Desta forma, pretende-se, neste artigo, discorrer brevemente acerca do conceito de justiça em Lévinas para, sob uma perspectiva constitucional, levantar-se a questão da proteção efetiva aos direitos das vítimas, particularmente as vítimas de violência doméstica.

1. Justiça e alteridade. O conceito de olhar para o Outro em Emmanuel Lévinas.

Emmanuel Lévinas, nascido em 30 de novembro de 1906 na Lituânia, no seio de uma família judaica, com a eclosão da Segunda Guerra, foi

feito prisioneiro pelo regime nazista. O ódio do homem pelo outro homem marcou profundamente o autor.

Pretendia uma filosofia inspirada na justiça antes que na verdade, filosofia que tinha por referência não o imperialismo vitorioso da consciência e do Eu, mas o viés e a posição do vencido[36]. Para ele, o pensamento ocidental, a partir da filosofia grega, desenvolveu-se como discurso de dominação. O Ser dominou a Antiguidade e a Idade Média, sendo substituído pelo Eu desde o início da modernidade, todavia, trazendo consigo uma unidade totalizante que exclui o confronto e a valorização da diversidade (esta entendida como abertura para o outro).

Na base de seu pensamento está a ética como sentido maior, o deslocamento do pensamento humano para a heteronomia instalada no Outro, afastando-se da identificação e liberdade do Eu considerado como centro de tudo. Neste ponto, rompe os paradigmas até então conhecidos, na medida em que propõe o fato da alteridade como acontecimento que não se permite categorizar, impondo um repensar da subjetividade.

Colocando em questão não apenas a substituição do imperialismo do Eu e da consciência, impôs a necessidade de criação de um novo sentido do “humano”, opondo-se incisivamente contra quase toda a tradição ocidental moderna, que se desdobrava na supremacia da consciência autônoma, do Eu constituinte, caracterizada pela tentativa de neutralização do poder desagregador do diferente[37].

> O Outro metafísico é outro de uma alteridade que não é formal, de uma alteridade que não é um simples inverso da identidade, nem de uma alteridade feita de resistência ao Mesmo, mas de uma alteridade anterior a toda a iniciativa, a todo o imperialismo do Mesmo; outro de uma alteridade que não limita o Mesmo, porque nesse caso o Outro não seria rigorosamente Outro: pela comunidade da fronteira, seria, dentro do sistema, ainda o Mesmo. O absolutamente Outro é Outrem; não faz número comigo. A coletividade em que eu digo

---

[36] SAYÃO, Sandro C. Ética e Sentido em Humanismo do Outro Homem de Emmanuel Lévinas. Ver. Perspectiva Filosófica, vol. IX, n.º 17, janeiro-junho/2002, pp. 44-104)
[37] Id., ib.

> ‘tu’ ou ‘nós’ não é um plural de ‘eu’. Eu, tu, não são indivíduos de um conceito comum.[38]

Neste movimento, transpõe-se a ideia do ser-egoísta para o ser-para-o-outro, acolhendo-se a responsabilidade para o outro. Destaca-se a precariedade do conceito de homem, ser situado em lugar privilegiado no cosmos, e com infinita capacidade e consciência de determinar a totalidade da vida, estrutura esta que aponta as raízes da violência e injustiça vivenciadas no contexto social e histórico de todo o século XX. A obra do autor alerta para a necessidade de uma nova perspectiva, partindo do Eu em direção ao Outro.

O desdobrar da liberdade sem fronteiras, da autoafirmação do Eu, em um eterno retorno ao mesmo do Ser como Totalidade resultou nos graves conflitos vivenciados no século passado. O autor buscou, assim, apontar a necessidade de construção de um modo de estar com o Outro na adversidade, uma forma de interagir na indiferença absoluta, buscando-se a convergência – ainda que nesta adversidade – para um sentido maior, cognoscível por todos.

Constrói, assim, um outro sentido à subjetividade, baseado em um nível ético fundado no acolhimento do Outro como diferente, como rosto que se apresenta e responsabiliza o mesmo.

> O modo como o Outro se apresenta, ultrapassando a ideia do Outro em mim, chamamo-lo, de fato, rosto. Esta maneira não consiste em figurar como tema sob o meu olhar, em expor-se como um conjunto de qualidades que formam uma imagem. O rosto de Outrem destrói em cada instante e ultrapassa a imagem plástica que ele me deixa, a idéia à minha medida e à medida do seu ideatum — a ideia adequada. Não se manifesta por essas qualidades, mas kath'autó. Exprime-se.[39]

A alteridade deve ser compreendida como responsabilidade para com o outro, trazendo consigo o elemento axiológico, a responsabilização recíproca entre os sujeitos. Essa compreensão é importante no momento em que se consideram os fatores que se põem em jogo quando o assunto é violência de gênero.

---

[38] LEVINAS, E. Totalidade e infinito. Trad. José Pinto Ribeiro. Lisboa: Edições 70, 1988, p.26.

[39] LEVINAS, E. Totalidade e Infinito. Trad. José Pinto Ribeiro. Lisboa: Edições 70, 1988, p.38.)

2. Fundamento constitucional. A alteridade como pano de fundo na compreensão do fenômeno da violência de gênero.

A violência de gênero, instituto cujo estudo se mostra primordial para a compreensão do fenômeno da violência doméstica, compreende toda ação ou omissão que resulte dano ou sofrimento, fundada no elemento caracterizador da diferença humana primária (masculino/feminino), tendo como objetivo de proteção fundamental o interesse da mulher. O instituto vem devidamente categorizado na Convenção de Belém do Pará:

> Qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada:
>
> 1) Ocorrida no âmbito da família ou unidade doméstica ou em qualquer relação interpessoal, quer o agressor compartilhe, tenha compartilhado ou não a sua residência, incluindo-se, entre outras formas, o estupro, maus-tratos e abuso sexual;
>
> 2) ocorrida na comunidade e cometida por qualquer pessoa, incluindo, entre outras formas, o estupro, abuso sexual, tortura, tráfico de mulheres, prostituição forçada, sequestro e assédio sexual no local de trabalho, bem como em instituições educacionais, serviços de saúde ou qualquer outro local e
>
> 3) perpetrada ou tolerada pelo Estado ou por seus agentes, onde quer que ocorra.[40]

Esse conceito somente vem definido a partir da evolução da sociedade ocidental, que conheceu o longo processo de emancipação da mulher e os avanços na busca da efetiva igualdade dos sexos sob todos os aspectos. Sob tal perspectiva, a negação da igualdade para essa parcela da população afronta o conceito de dignidade humana, criando obstáculos para se estabelecer condições de um ambiente de justiça e paz social. Como consequência, em um ambiente, em uma sociedade onde não se consiga atingir minimamente condições para o exercício desses direitos conquistados ao longo do tempo, um panorama de desigualdades tende a refletir-se no seio da família, impregnada por padrões repetidos por uma sociedade patriarcal, gerando casos de violência doméstica contra a mulher.

A concretização do sistema de proteção à mulher resulta do mandamento constitucional previsto no artigo 5º, I da Constituição Federal.

---

[40]Definição da Convenção de Belém do Pará – 1994.

Neste passo, a prescrição de tratamento igual entre homens e mulheres deflui da conclusão de que as conhecidas diferenças entre os sexos não podem ser usadas como critério diferenciador. A igualdade garantida a homens e mulheres deve ser compreendida como proibição de discriminação positiva ou proibição de privilégio[41].

O artigo 226 da Constituição Federal estabelece o dever do Estado em proteger a família, e seu § 8º dispõe sobre o dever de assistência à família e criação de mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. Neste contexto, a Lei Maria da Penha, ao criar mecanismos para coibir a violência contra as mulheres no âmbito doméstico e familiar, projeta a aplicabilidade da norma constitucional aos direitos fundamentais à vida, liberdade, igualdade e segurança, irradiados a partir da dignidade da pessoa humana[42].

A Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), em conformidade com o disposto na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará, já mencionada anteriormente) trouxe o conceito de violência de gênero[43]. Seja exemplificando diversas condutas, seja criando circunstâncias de agravamento de pena em determinados delitos, a lei veio para minorar o lapso de igualdade de gênero

---

[41]MARTINS, Leonardo. Comentário ao art. 5º, I. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar; Sarlet, Ingo Wolfgang e STRECK, Lenio Luiz (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Pauo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 235.

[42] CAMPOS, Carmen Hein de. Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 175.

[43] “Art. 7º. São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras: I- a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal; II- a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológico e à autodeterminação; III – a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos; IV- a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinado a satisfazer suas necessidades; V- a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.”

existente até então. Consigne-se, neste sentido, a mais recente alteração na Lei dos Crimes Hediondos (Lei n.º 13.104/2015), prevendo pena mais severa ao feminicídio.

Mas a lei, evidentemente (e nem seria este seu objetivo), não minudencia as causas da violência doméstica, nem como esta se inicia ou se verifica no caso concreto. Neste passo, a violência doméstica acaba ocorrendo por força do desejo de uma pessoa controlar e dominar a outra, numa clara demonstração de poder, e em razão do esgotamento do diálogo, e como consequência do esgotamento do diálogo, da interação saudável e do respeito entre os cônjuges.

Envolve atos repetitivos, que vão se agravando em frequência e intensidade, como coerção, cerceamento, humilhação, desqualificação, ameaças, agressões físicas e sexuais variadas. Podem resultar em danos físicos e emocionais permanentes, tanto para as vítimas quanto para seus filhos. Tanto a vítima quanto o agressor apresentam imensas dificuldades em expressar seus sentimentos de maneira amorosa, o que resulta no enfrentamento do conflito por meio da agressão física, verbal ou psicológica.[44]

O que se pretende, portanto, é dizer que os comportamentos tendentes a denegrir a imagem da mulher (e especificamente dentro do ambiente doméstico), chegando, por muitas vezes, a desembocar em agressões verbais e por último, nas agressões físicas, resultam, em um primeiro momento, da falta de compreensão do outro como ser, como sujeito, com sentimentos e vontades.

Nesta linha, a (in)compreensão do outro como ser, diferente do sujeito, e portanto detentor de sentimentos e vontades próprias, é a base para a compreensão do surgimento da violência no contexto do ambiente doméstico.

[44] Protegendo as Mulheres da Violência Doméstica. Seminário de Capacitação para juízes, procuradores, promotores, advogados e delegados no Brasil. Fórum Nacional de Educação em Direitos Humanos. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, p. 05.

2.Fundamento legal: o cumprimento do dever de proteção do Estado à vítima, por meio da concretização de promessas firmadas na Constituição e tratados internacionais. O dever de reconhecimento.

Nada obstante a previsão constitucional da igualdade entre sexos (artigo 5º, I da Constituição Federal) e proteção dos integrantes da família contra a violência no âmbito de suas relações (art. 226, § 8º, também da Constituição Federal), e o esforço entre todos os envolvidos no cenário social para a efetiva concretização do mandamento previsto, o trabalho para efetivação dos direitos não é antigo.

Foi somente a partir do século passado que as mulheres conseguiram avançar na luta pela efetivação dos direitos, iniciada a partir do final do século XIX. Nada obstante as transformações ocorridas desde então, quando se fala em violência no contexto doméstico, as mulheres têm sido vítimas preferenciais[45].

Todavia, mesmo com as transformações que visam a efetivação da igualdade entre os gêneros, a heterogeneidade nas sociedades e consequente potencialidade de conflito são características de qualquer grupamento humano. No plano das relações de gênero, as novas configurações sociais passaram a exigir negociações que exigem um sistema de reciprocidade mínimo ou mesmo que possibilite relacionamento entre as partes em conflito. Neste passo, as relações conjugais podem ser definidas como o exemplo maior do exercício da alteridade, dentro do grupo inicial caracterizador da própria sociedade, qual seja, a família.

> (...) as relações conjugais se constituem no encontro de duas identidades (cada uma individual/social) que, ao viverem um projeto de conjugalidade, se redefinem como díade e ser único, confirmando, assim, a alteridade, onde cada identidade, na consciência da diferença do outro, se (re) formula e também o faz com o outro; e vice-versa. Assim, as representações sociais em relação à alteridade – entendidas como identidades, afetos, conceitos, representações, sentimentos – são formas de mediação construídas historicamente que participam da vida social na comunicação entre os seres, que permitem

---

[45]ALVIM, Simone Ferreira e SOUZA, Lídio de. Violência Conjugal em uma Perspectiva Relacional: Homens e Mulheres Agredidos/Agressores. In Psicologia: Teoria e Prática – 2005, 7(2):171-206.

> comparações e reformulações sobre a diferença, bem como a negociação com a diferença[46].

Sendo assim, a edição da Lei 11.340/06 veio trazer importante contribuição no trabalho de proteção ao direito à incolumidade, física e psíquica, da mulher, levando em consideração aspectos importantes não somente da situação desta, no atual panorama da sociedade brasileira, mas também as peculiaridades do ambiente doméstico, genericamente considerado.

A partir dessas premissas, genericamente consideradas, pode-se inferir pela integração dos instrumentos postos à disposição para defesa e efetivação do direito da vítima de violência, ao menos abstratamente considerados. A grande dificuldade reside justamente na transposição do abstratamente considerado para a efetivação no caso concreto.

Partindo-se do pressuposto de que a norma não existe por si, e que sua aplicação depende do conflito entre dois sujeitos, dois indivíduos, cada um com sua universalidade de pretensões e verdades, e que no caso das relações domésticas, imbuídos de toda uma sentimentalidade própria, fundada no amor entre dois indivíduos, que necessariamente perpassa a noção de reconhecimento e autonomia de ser no outro, não é difícil nos depararmos com casos em que a transgressão da norma – e da individualidade do outro – decorre unicamente do não reconhecimento deste outro como sujeito de direitos.

Desta forma, a situação de violência surge quando o sujeito (agressor), não reconhecendo a autonomia do outro, impõe sua vontade, suprimindo-lhe a vontade e independência, não mais lhe reconhecendo como sujeito de direitos, retirando por consequência a factualidade de previsão de direito a ele mesmo, segundo pontuado por Axel Honneth:

> Para o direito, Hegel e Mead perceberam uma semelhante relação na circunstancia de que só podemos chegar a uma compreensão de nós mesmos como portadores de direitos quando possuímos, inversamente, um saber sobre quais obrigações temos de observar em face do respectivo outro: apenas da perspectiva normativa de um “outro generalizado”, que já nos ensina a reconhecer os outros membros da coletividade como portadores de direitos, nós podemos nos

---

[46] Id., ib.

> entender também como pessoa de direito, no sentido de que podemos estar seguros do cumprimento social de algumas de nossas pretensões.[47]

Ou seja, se a situação de violência contra a mulher decorre da inobservância, pelo agressor, do reconhecer o parceiro como indivíduo detentor de direitos, para o Estado surge o dever de reconhecimento, para com a vítima, de que esta é detentora de vontades e direitos a serem protegidos, e para isso foram instituídos os mecanismos para proteção de seus interesses.

Sendo assim, a efetivação do direito da vítima, com a utilização dos instrumentos postos à disposição pela Lei de regência (no caso, a Lei Maria da Penha), como por exemplo, as medidas protetivas de urgência, ou a fixação precária de providências que lhe assegurem minimamente a sobrevivência com a ausência do agressor no lar (por exemplo, a fixação de alimentos provisórios e regulamentação provisória de visitas aos filhos comuns), decorre do dever que surge para o Estado em reconhecer a vítima como detentora de vontades e interesses a serem protegidos.

Neste contexto, a proteção integral do direito à vítima decorre da obrigatoriedade do Estado em compreendê-la como sujeito, como outro a ser protegido, como outro a ser enxergado. Se a violência de gênero surge da incompreensão da diferença, ou ainda, da indiferença ao outro por parte do agressor, não pode ser perpetuada pelo Estado, caso este não se desincumba do dever de encarar a vítima como sujeito a ser protegido.

E essa tarefa, por parte dos agentes estatais, somente pode ser realizada caso se busque realmente o interesse maior da vítima, com o cumprimento efetivo dos mandamentos previstos na Lei Maria da Penha, como a proibição de aplicação das medidas despenalizadoras previstas na Lei dos Juizados Especiais (lei n.º 9.099/95) e a real inserção da vítima na rede de proteção que o Estado tem o dever de instituir e disponibilizar a quem precisa.

---

[47]HONNETH, Axel. Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais. Trad. de Luiz Repa. São Paulo: ed. 34, 2003, p. 179.

3. Conclusão

No estudo da violência de gênero, mais particularmente da violência doméstica, compreender a relação agressor-vítima é vislumbrar que dentro do micro-universo das relações familiares possam existir incompreensões que levem à supressão da ideia de que o Outro é um ser autônomo, com vontades e interesses próprios. E compreender que tais situações possam ocorrer é aceitar que a violência, neste contexto, é resultado dessa incompreensão, da visão do Eu como único ser existente, do ser-egoísta como determinante da vontade do Outro.

Como resultado das lutas empreendidas para reconhecimento do papel da mulher na construção da sociedade moderna, muito se conseguiu relativamente à proteção desta não somente nos diversos papéis desempenhados no trabalho e na vida em comunidade, mas também – e talvez o mais difícil – dentro do seio familiar.

No Brasil, com a edição da Constituição de 1988 (art. 5º, I e 226, §8º), a proteção a direito da mulher veio com a edição da Lei Maria da Penha (Lei n.º 11.340/2006), instituindo um novo sistema de proteção à mulher e às complexas relações que envolvem o fenômeno da violência doméstica.

A heterogeneidade nas sociedades e consequente potencialidade de conflito são características de qualquer grupamento humano, nada obstante as transformações ocorridas na sociedade. No plano das relações de gênero, as novas configurações sociais passaram a exigir negociações que exigem um sistema de reciprocidade mínimo, e neste sentido, as relações conjugais podem ser definidas como o exemplo maior do exercício da alteridade, dentro do grupo inicial caracterizador da própria sociedade, qual seja, a família.

E, neste contexto, a situação de violência surge quando o sujeito (agressor), não reconhecendo a autonomia do outro, impõe sua vontade, suprimindo-lhe a vontade e independência, não mais lhe reconhecendo como sujeito de direitos, retirando por consequência a factualidade de previsão de direito a ele mesmo.

Uma vez que a situação de violência contra a mulher decorre da inobservância, pelo agressor, do reconhecer o parceiro como indivíduo detentor de direitos, para o Estado surge o dever de reconhecimento, para com a vítima, de que esta é detentora de vontades e direitos a serem protegidos, e para isso foram instituídos os mecanismos para proteção de seus interesses.

Ou seja, a proteção integral do direito à vítima decorre da obrigatoriedade do Estado em compreendê-la como sujeito, como Outro a ser protegido. Se a violência de gênero surge da incompreensão da diferença, ou ainda, da indiferença ao Outro por parte do agressor (da impossibilidade do ser-para-o-outro), esta não pode ser perpetuada pelo Estado, caso este não se desincumba do dever de encarar a vítima como sujeito a ser protegido.

E essa tarefa, por parte dos agentes estatais, somente pode ser realizada caso se busque realmente o interesse maior da vítima, com o cumprimento efetivo dos mandamentos previstos na Lei Maria da Penha, como a proibição de aplicação das medidas despenalizadoras previstas na Lei dos Juizados Especiais (lei n.º 9.099/95) e a real inserção da vítima na rede de proteção que o Estado tem o dever de instituir e disponibilizar a quem precisa. O exercício da alteridade e a compreensão da ética da alteridade proposta por Lévinas apresenta, assim, uma opção de caminho a ser trilhado na busca pela justiça quando se trata das complexas relações envolvidas no ambiente familiar.

Referências

ALVIM, Simone Ferreira e SOUZA, Lídio de. Violência Conjugal em uma Perspectiva Relacional: Homens e Mulheres Agredidos/Agressores. In Psicologia: Teoria e Prática – 2005, 7(2):171-206.

CAMPOS, Carmen Hein de. Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 175.

LEVINAS, E. Totalidade e Infinito. Trad. José Pinto Ribeiro. Lisboa: Edições 70, 1988

MARTINS, Leonardo. Comentário ao art. 5º, I. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar; Sarlet, Ingo Wolfgang e STRECK, Lenio Luiz (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Pauo: Saraiva/Almedina, 2013.

HONNETH, Axel. Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais. Trad. de Luiz Repa. São Paulo: ed. 34, 2003.

SAYÃO, Sandro C. Ética e Sentido em Humanismo do Outro Homem de Emmanuel Lévinas. Rev. Perspectiva Filosófica, vol. IX, n.º 17, janeiro-junho/2002.

Protegendo as Mulheres da Violência Doméstica. Seminário de Capacitação para juízes, procuradores, promotores, advogados e delegados no Brasil. Fórum Nacional de Educação em Direitos Humanos. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, p. 05.

CAPÍTULO 4
JUSTIÇA RESTAURATIVA EM CRIMES GRAVES UMA ANÁLISE SOB O ENFOQUE DA TEORIA DO *LABELLING APPROACH.*

Léa Martins Sales Ciarlini[48]

Resumo: O movimento criminológico do *labelling approach* é considerado o marco de superação da criminologia liberal e positivista e introduz as reflexões que serão desenvolvidas pelas escolas da criminologia crítica. No contexto dos movimentos de política criminal com enfoque crítico, propõe-se a análise da justiça restaurativa, proposta fundada na relação dialógica que pode ser estabelecida entre os controles sociais (formal e informal), no âmbito da justiça criminal, especialmente nas situações envolvendo crimes graves. Conclui-se com a síntese de um caso concreto de crime de estupro, envolvendo uma adolescente de treze anos (vítima), dois jovens adultos (acusados) e um adolescente (submetido à legislação específica - ECA), em que foram adotados os fundamentos e as técnicas da justiça restaurativa, o que resultou na atenuação, em grande medida, do processo de estigmatização e de rotulação, próprios da aplicação isolada das medidas inerentes ao sistema formal de justiça.

Palavras-chave: Labelling Approach. Criminologia. Crimes Graves. JustiçaRestaurativa.

Abstract: The criminological movement of the labelling approach is considered the overcoming of liberal and positivist criminology and introduces considerations which will be developed by schools of critical criminology. In the context of the movements of criminal policy with critical focus, proposes the analysis of restorative justice, founded on the proposed dialogical relationship that can be established between social control (formal and informal) in the context of criminal justice, especially in cases involving crimes severe. It

---

[48] Professora de Direito Penal do Centro Universitário de Brasília - Uniceub e Juíza de Direito Titular da 2ª Vara de Entorpecentes do TJDFT

concludes with the synthesis of a specific case of the crime of rape, involving a thirteen year old (victim), two young adults (accused) and a teenager (subject to specific legislation - ECA), in which the foundations were adopted and techniques of restorative justice, which resulted in attenuation, largely of the stigmatization and labelling, own isolated application of the measures inherent in the formal justice system process.

Keywords: Labelling Approach. Criminology. Serious Crimes. Restorative Justice.

O presente trabalho pretende examinar a utilização das práticas restaurativas em crimes graves a partir do enfoque criminológico da teoria denominada *labelling approach* ou etiquetamento, que se apresenta como marco de superação da criminologia liberal e positivista, e inaugura a preocupação com as instâncias oficiais de controle social e com o efeito estigmatizante que esse controle exerce sobre o indivíduo (BARATTA, 2002).[49]

Objetiva-se, portanto, examinar: 1) a teoria do *labelling approach,* notadamente o processo de atuação do controle social, nos seus aspectos formal e informal; 2) os movimentos de política criminal de matiz crítico, com ênfase na justiça restaurativa, como modelo dialógico para a solução de conflitos criminais de natureza grave; 3) estudo de caso, resultado de uma experiência de aplicação de práticas restaurativas em crime grave (estupro), envolvendo uma adolescente de treze anos (vítima), dois jovens adultos (acusados) e um adolescente (submetido à legislação específica - ECA).

A apresentação de um estudo de caso decorre do interesse em se obter uma análise mais criteriosa da dinâmica dos resultados das práticas dialógicas da justiça restaurativa. Para essa finalidade, foi observado um caso concreto de processo já concluído, em que se adotou, ao longo da instrução probatória, um procedimento dialógico com a participação ativa e interessada

[49] Esta pesquisa foi apresentada em versão integral, na forma de texto monográfico, no Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCrim, no ano de 2010, por ocasião da conclusão de curso de Especialização em Criminologia pela articulista.

dos infratores, da vítima e seu núcleo familiar, além de vários membros da comunidade (controle informal).

1. A teoria do *labelling approach* ou etiquetamento

O movimento do *labelling approach* surgiu no contexto de duas outras posturas teóricas (clássica e positivista) que também se apresentam como movimentos criminológicos. A primeira delas, clássica, fundamentou o direito penal moderno que, opondo-se às torturas e aos suplícios, resquícios da era medieval, apresenta-se com um discurso baseado no pacto social, privilegiando o princípio da legalidade e esforçando-se para demonstrar a neutralidade do direito, baseado na igualdade formal de todos perante a lei. Como afirma Cesare BECCARIA (2002, p. 19):

> As leis foram as condições que agruparam os homens, no início independentes e isolados, à superfície da terra. (...). Desse modo, somente a necessidade obriga os homens a ceder uma parcela de sua liberdade; (...). A reunião de todas essas pequenas parcelas de liberdade constitui o fundamento do direito de punir.

Observador dessas mudanças, Michael Foucault (1996, p. 76) assim esclarece:

> O direito de punir deslocou-se da vingança do soberano à defesa da sociedade. Mas ele se encontra então recomposto com elementos tão fortes, que se torna quase mais temível. O malfeitor foi arrancado a uma ameaça, por natureza, excessiva, mas é exposto a uma pena que não se vê o que pudesse limitar. Volta de um terrível superpoder.

Nota-se então que o discurso clássico sustenta-se na crença da humanização da pena, firmada na exclusão dos castigos corporais públicos e na defesa da resposta penal dissociada da dor física, em especial, na modalidade de privação da liberdade. Ocorre que se por um lado afastou-se a vingança privada, por outro, atingiu-se profundamente a alma do condenado. Com efeito, ao lado dos julgamentos dos crimes passou-se também a julgar as paixões, os instintos, os impulsos, de maneira que...

> [...] se ela [a alma] é invocada com tanta ênfase, com tanto cuidado de compreensão e tão grande aplicação 'científica', é para julgá-la, ao mesmo tempo em que o crime, e fazê-la participar da punição. (FOUCAULT, 1996, p. 20)

Essa teoria clássica foi reforçada pela criminologia positivista que, a partir do século 19, passou a valorizar os saberes, sociológico, psiquiátrico, médico e psicológico como discurso legitimador de um critério de verdade (FOUCAULT, 1996, p. 18-19).

É nesse contexto que os mencionados saberes ganharam destaque, reforçando o pensamento positivista por meio de pesquisas justificadoras do comportamento desviante. No entanto, os sujeitos que eram observados clinicamente já se encontravam no interior dos cárceres e manicômios judiciários, portanto, tratava-se de indivíduos selecionados pelo complexo sistema de filtros sucessivos que é o sistema penal (SHECAIRA, 2008, p. 136).

Como se observa, a criminologia positivista encontra-se vinculada ao paradigma etiológico da defesa social, focado muito mais na qualidade objetiva e preexistente do fenômeno criminoso do que na análise das interações e construções sociais ou na atuação dos controles formal e informal. Salomão SHECAIRA, a respeito da teoria positivista esclarece (2008, p. 108):

> A responsabilidade penal é responsabilidade social, por viver o criminoso em sociedade, tendo por base a periculosidade. A pena será, pois, uma medida de defesa social, visando a recuperação do criminoso. (...). O criminoso será sempre psicologicamente um anormal, temporária ou permanentemente.

Como defensores desse modelo criminológico, podem ser mencionados os nomes de LOMBROSO (2013) e FERRI (1999) que, seguidos por outros, foram responsáveis por manter esse discurso fortalecido e, mesmo após as duras críticas empreendidas pelo movimento do *labelling approach* e pelos demais movimentos da criminologia crítica, ainda continuam a influenciar, em larga medida, os movimentos de política criminal e consequentemente a própria legislação penal. A respeito da sua influência na atualidade, assim reflete SHECAIRA (2008, p. 136):

> Pior do que isto é acreditar, ainda hoje, que tais parâmetros criminológicos podem ser referência dogmática para atuação perante os tribunais, ou mesmo para o desenvolvimento das idéias doutrinárias mais recentes. É essa superação que ainda está a se exigir dos operadores do direito.

É notório, portanto, que o movimento do *labelling approach* inaugurou o deslocamento de objeto e de metodologia adotados até então no pensamento criminológico, passando a preocupar-se com as instâncias oficiais de controle social e com o efeito estigmatizante que o referido controle exerce sobre os indivíduos (BARATTA, 2002, p. 86). Nesse contexto, as perguntas foram deslocadas do “criminoso nato” e do “fato” para o enfoque do próprio controle social (formal e informal). Essa nova perspectiva permite indagar: quem é definido como criminoso? Que efeito decorre dessa definição? Em que condições esse indivíduo pode se tornar objeto de uma definição? Quem define quem? (BARATTA, 2002, p. 88).

Observa-se ainda que não somente os conteúdos dos questionamentos se diferenciam entre positivistas e clássicos, de um lado, e os rotulacionistas de outro, mas também os métodos utilizados. O *labellingaproach* procura compreender o desvio e o desviante a partir da observação de dois aspectos do fenômeno criminal: o primeiro, voltado para as agências de controle social, formal e informal, responsáveis pelos processos de definição e pela qualidade atribuída a comportamentos dos indivíduos; o segundo, voltado ao próprio sujeito, a partir da formação da identidade desviante e dos efeitos secundários ocorridos no âmbito do etiquetamento imposto aos indivíduos por essas agências.

A análise das agências de controle social merece ser iniciada com uma reflexão de Howard Becker (2008, p. 22), que assim leciona:

> Diferentes grupos consideram diferentes coisas desviantes. Isso deveria nos alertar para a possibilidade de que a pessoa que faz o julgamento de desvio e o processo pelo qual se chega ao julgamento e à situação em que ele é feito possam todos estar intimamente envolvidos no fenômeno. (...).

Partindo da reflexão acima, pode-se questionar: quem faz parte desses grupos que detêm o poder de afirmar que determinadas atitudes são desviantes?

É o movimento do *labelling* que chama a atenção para o aspecto político atribuído ao tema, ou seja, para a construção do desvio pela própria sociedade, ou, conforme traduzido por BECKER (2008, p. 22):

> Grupos sociais criam desvio ao fazer as regras cuja infração constitui desvio, e ao aplicar essas regras a pessoas particulares e rotulá-las como outsiders. (...); o comportamento desviante é aquele que as pessoas rotulam como tal.

Assim, o poder de definição decorre dos aspectos políticos e econômicos, e, conforme já ressaltado, encontra-se sustentado nos dois controles sociais: o informal, decorrente do poder exercido por vários setores da sociedade, como a família, a escola, as associações, os meios de comunicação; e o formal, consubstanciado no sistema institucionalizado de justiça penal, do qual fazem parte a polícia, os promotores de justiça e os juízes.

O processo de controle informal passa pela atuação da família, se estendendo a outras instituições, como escola, igreja, meios de comunicação, entre outros. Os agentes desse controle estão relacionados ao indivíduo por fatores de ordem social, moral, educacional, cultural, condicionando e impondo regras que disciplinam essa convivência.

Nesse aspecto, quanto maior for a integração do indivíduo no contexto do exercício desse controle, maior será o seu distanciamento da prática de desvios, pois as pessoas, em sua maioria, permanecem submetidas a códigos de conduta convencionais "e tem de lidar com suas sensibilidades para se envolver num ato desviante pela primeira vez" (Howard BECKER, 2008, p. 38).

Por outro lado, na medida em que o indivíduo se mantém isolado ou distanciado da ingerência desse controle social, sentindo-se livre dessa *censura* imposta no seu meio, aumentam sobremaneira as chances de se envolver em desvios, pois "a pessoa que não tem uma reputação a zelar ou um emprego convencional a conservar pode seguir seus impulsos" (BECKER, 2008, p. 38).

É por essa razão que a participação da família, da escola e das comunidades menores, para citar alguns exemplos, tem o poder de exercer um controle bem mais intenso aos seus indivíduos, pois nesses núcleos as relações são mais estreitas e, consequentemente, partilhadas. Assim, se essas regras não contêm sanções de natureza penal, não deixam de controlar de forma rigorosa, especialmente no âmbito dos códigos morais, de forma que o seu descumprimento já é suficiente para excluir os indivíduos de determinado *status,* o que pode, inclusive, afetá-lo de tal maneira a que se sinta um outsider, nos moldes analisado por Howard Becker.

Em relação ao controle formal, Lola Aniyar (2005, p. 48) afirma:

> A dogmática penal tradicional fará a 'filosofia da dominação'. Ela se encarregará de explicar as virtudes axiológicas e utilitárias do direito, sem ser muito clara em relação às diferentes maneiras de tutelar bens jurídicos idênticos.

A observação de Anyar revela que o modelo de justiça penal institucionalizado encontra-se sustentado no discurso clássico do direito penal. Esse discurso, reforçado por definições e observações trazidas pela escola positivista, pauta-se ainda da ideologia do consenso. Essa ideologia, por sua vez, acaba fomentando os movimentos de política criminal, ditadores das escolhas dos bens jurídicos que deverão ser protegidos pela lei penal e, mais que isso, quais os indivíduos devem ser menos ou mais severamente punidos.

Portanto, o controle formal se manifesta de maneira mais expressiva quando o controle informal encontra-se enfraquecido e, nessas situações, a resposta vem em forma de sanção penal, de natureza estigmatizante e rotulante, contribuindo ainda mais para o distanciamento do indivíduo infrator do contexto social. Assim, embora o controle social seja exercido nessas duas searas, é no âmbito do controle formal que os efeitos são degradantes e muitas vezes irreversíveis.

O desvio é antes de tudo um ato eleito pelos agentes do controle social, formal e informal. Para Howard Becker:

> [...] o desviante é alguém a quem esse rótulo foi aplicado com sucesso; o comportamento desviante é aquele que as pessoas rotulam como tal. (...). Em suma, se um dado ato é desviante ou

> não, depende em parte da natureza do ato (isto é, se ele viola ou não alguma regra) e em parte do que outras pessoas fazem acerca dele (Becker, 2008, p. 22 e 26).

Mais ainda, na escolha ou eleição desses indivíduos alguns fatores são levados em conta, o que se observa pelo perfil daqueles que acabam selecionados pelo sistema de controle penal. A respeito desse tema, ANIYAR (2005, p. 47-48) esclarece:

> O estereótipo do delinquente (igual a 'classe baixa delitiva') será transmitido pelos portadores dos sistemas normativos: a Igreja, a família, a literatura, os legisladores, os partidos, os sindicatos, a opinião pública, através das chamadas teorias do senso comum (everydaytheories), e também pela mesma ciência que se apregoa objetiva e neutra.

Trata-se de processo de análise desenvolvido com a observação do interacionismo simbólico, segundo o qual...

> A sociedade é constituída por uma infinidade de interações concretas entre os indivíduos, qual um processo de tipificação confere um significado que se afasta das situações concretas e continua a estender-se através da linguagem. (...). A sociedade não é uma realidade que se possa conhecer sobre o plano objetivo, mas o produto de uma 'construção social', obtida graças a um processo de definição e de tipificação por parte de indivíduos e de grupos diversos (BARATTA, 2002, p. 87).

No que concerne ao segundo aspecto, focado no indivíduo desviante, o movimento do *labelling aproach* concluiu que a seletividade e o etiquetamento desses sujeitos ocorrem em momentos distintos, atingindo-os de duas maneiras: primeiro, pelo processo do desvio primário, relacionado a fatores sociais, psicológicos e culturais; segundo, pelo processo do desvio secundário, ocorrido a partir da assimilação por parte do indivíduo do rótulo que lhe foi atribuído primariamente (SHECAIRA, 2008, p. 294).

Diante dessas premissas, pode-se indagar: o que leva um indivíduo à prática de uma primeira conduta criminosa? Como afirma Shecaira (2008, p. 294):

> Embora possa ser socialmente reconhecida e mesmo definida como indesejável, a desviação primária somente terá implicações com a marginalização do indivíduo no que concerne às implicações na sua estrutura psíquica.

Esse agir decorre, portanto, de fatores internos e está especialmente relacionado à atuação do controle informal na vida do indivíduo. A depender dos conflitos que o atinjam nesse contexto, ligados à família, à escola e aos meios de comunicação, podem levá-lo a desviar-se pela primeira vez. Por isso mesmo, conforme esclarece Becker (2008, p. 44), a dominância do *status* de desviante também pode ser desconstruída com a comunicação aproximada do controle informal.

Por sua vez, quando o indivíduo já se desviou em virtude de problemas ligados a sua estima, ou por não saber se autodeterminar, ou ainda por outros fatores de ordem psicossocial, e diante desse desvio não encontra apoio em seu ambiente social, a experiência do encarceramento "irá despi-lo completamente do pouco que tinha, deixando-o ainda mais privado de recursos para obter auto-estima e autonomia de forma legítima" (ZEHR, 2008, p. 35).

Como se observa, o desvio secundário é traduzido pelo próprio efeito criminógeno da pena, que reforça e potencializa o *status* de delinquente, consolidando desse modo a identidade de desviante que o indivíduo assimila e internaliza. Nesse processo, as agências de controle formal mostram-se ativamente participantes, à medida que são responsáveis pela aplicação das normas de natureza penal e por todas as consequências daí advindas, por exemplo, com o encarceramento do indivíduo dentro de um sistema penitenciário ineficiente e excludente.

Diante das reflexões trazidas, observa-se que as leis penais e o próprio processo penal encontram-se distanciados de resultados efetivos naquilo que se espera do sistema de justiça penal, ou seja, na pacificação efetiva dos conflitos e na restauração dos traumas vivenciados pelos envolvidos. E não é por outra razão que Howard Zehr (2008, p. 61) afirma que ao longo do processo criminal "as lesões e necessidades da vítima e do ofensor são negligenciadas".

A partir dessa afirmação, importa observar a seguir o lugar que o infrator e a vítima ocupam no processo penal. Em relação ao infrator, Alvino de SÁ (2007, p. 47), partindo de uma análise fundada na psicanálise, afirma que...

> [...] o delinquente, ao atacar sua vítima, não sabe exatamente quem ela é, não pensa sobre as consequências e todos os possíveis desdobramentos que sua ação criminosa poderá acarretar-lhe. (...). Na medida em que o criminoso não pensa sobre o que está fazendo, ele não sabe exatamente o que está fazendo, independentemente de ser ou não formalmente reconhecido imputável perante a lei.

Com base nessa reflexão e nos resultado obtidos com a aplicação isolada das regras formais do processo penal, verifica-se que, na prática, esse estado de indiferença do infrator permanece durante a instrução processual e a execução da pena. Nesse percurso, o infrator permanece afastado substancialmente do conflito, não encontrando espaço de participação em nenhum momento da solução legal, tampouco para reflexões acerca das motivações que o levaram a delinquir e das consequências daí advindas.

Assim, o que se observa por parte dos acusados é tão-somente a percepção econômica da resposta penal, à medida que o delito por ele praticado receberá como resposta a privação de um determinado tempo de sua liberdade. É comum aqueles que reincidem justificar-se perante o julgador com frases como “fui condenado, mas já paguei”, o que é dito sem nenhuma preocupação ou reflexão a respeito do que o crime praticado e, consequentemente, da pena a ser por ele cumprida.

Zehr (2008, p. 40), ao refletir sobre o significado de responsabilização para o agressor por meio da imposição de prisão, pondera que:

> Esta é uma visão extremamente limitada e abstrata da responsabilidade. Sem um vínculo intrínseco entre o ato e as consequências, a verdadeira responsabilidade é praticamente impossível. E visto que as consequências são escolhidas por outros que não o ofensor, elas não levam o ofensor a responsabilizar-se.

O certo, portanto, é que não se observa ao longo da instrução processual qualquer estímulo ao ofensor no sentido de se confrontar com os verdadeiros danos causados com a prática da infração. Ele sequer toma consciência da existência da vítima concreta, pois o ofensor se torna uma

abstração ao ser substituído pelo órgão do Ministério Público, que assume esse posto e passa a confrontar-se diretamente com o acusado.

Somente quando ingressar no sistema penal para cumprir a pena é que o réu passará a elaborar diversos tipos de racionalizações a respeito do ato cometido, em geral transferindo para outros a culpa pelo ocorrido, e, sem compreender a dimensão do que fez, restará apenas a sensação de pagamento com a sua liberdade, o que, inclusive, o deixa numa situação confortável para voltar a delinquir quando se encontrar fora do cárcere.

Já em relação à vítima, Zehr (2008, p. 24-25) afirma que:

> É intensamente degradante e desumanizador perder o poder pessoal contra a própria vontade e ficar sob o poder dos outros contra a própria vontade. (...). Alguém de fora assume o controle de nossa vida, nossa propriedade, nosso espaço. Isto deixa a vítima vulnerável, indefesa, sem controle, desumanizada.

Essa afirmação revela que a vítima, no contexto do processo penal, também não encontra espaço de escuta. O crime, na verdade, é definido como uma ofensa ao Estado, sendo ele e não o ofendido quem sustenta o título de vítima, representada pelo órgão do Ministério Público. Desse modo, as necessidades daqueles que foram diretamente lesionados com o delito não são levadas em conta no processo e o seu comparecimento em juízo resume-se ao esclarecimento a respeito da dinâmica do evento e de sua autoria.

Sabe-se que a substituição do ofensor pelo próprio órgão estatal aconteceu no mesmo contexto em que se aboliu a justiça privada, submetendo a aplicação de pena ao Estado. No entanto, verifica-se que, se por um lado isso garantiu um processo isento das ingerências particulares, por outro, excluiu completamente a participação da vítima nesse processo.

Como se vê, mais do que afastar a vítima das decisões estatais, sob o fundado temor de se voltar à barbárie e à vingança privada, o que resultou foi também a exclusão de um espaço mínimo para o diálogo e o atendimento das necessidades do ofendido.

Essa indiferença do Estado deixa a vítima com uma sensação de desamparo e, resignada com o papel irrelevante que assume no contexto processual, raramente reflete sobre o ocorrido de maneira aprofundada e dialógica. Isso resulta, em muitas situações, na assimilação de movimentos punitivistas que se encontram propagados no meio social, e o ofendido passa a clamar puramente por vingança, reforçando ainda mais o já enorme afastamento da sociedade em relação ao infrator.

Ainda sobre a vítima no contexto da resposta penal formal, Zehr (2008, p. 28) esclarece:

> A justiça pode ser um estado de coisas, mas é também uma experiência, e deve ser vivenciada como algo real. As vítimas em geral não se satisfazem com afirmações de que devidas providências estão sendo tomadas. Querem ser informadas e, ao menos em certos aspectos, consultadas e envolvidas no processo.

2. Justiça restaurativa em crimes graves

Como se observa, essa dinâmica que envolve a participação dos controles sociais, formal e informal, denota o estado de alheamento e de dificuldade de estabelecimento de diálogo entre os indivíduos, ambiente propício para a propagação de discursos excludentes como aqueles delineados pelos movimentos denominados “lei e ordem” e “tolerância zero”. Esses últimos defendem incondicionalmente a pena de prisão como saída primordial para a segurança social, por se tratar de providência jurisdicional assentada no isolamento e no confinamento dos indivíduos indesejáveis.

Assim, se consideradas as definições de atos desviantes como relativas e dependentes da valoração atribuída pela própria comunidade, observa-se que, quanto maior for o distanciamento afetivo da sociedade em relação ao agente delituoso maior será também a possibilidade de esse indivíduo sentir-se isolado do contexto social, e, desse modo, assimilar o rótulo de criminoso. Isso foi percebido por Sérgio Salomão Shecaira (2008, p. 303), para quem:

> O ato jamais é um ato isolado; ele é a expectativa da reação ao ato. Ele é a própria interação com o ato. (...). A maneira como o

> ato será avaliado é que produzirá um novo contexto de ação, o que demanda – sempre – tentar entender como o ato deverá ser recebido pela coletividade.

Esse isolamento e seu correlato alheamento denotam uma peculiar situação de ausência de percepção por parte do indivíduo desviante em relação à subjetividade e humanidade do outro, o que produz a ausência do senso de responsabilidade, e com ela, o conforto do vazio do outro. Isso certamente demanda a reaproximação desse agente com a humanidade do *alter*, o encontro com o rosto, superando-se o vazio da indiferença e do distanciamento. Nesse contexto, ao citar Emmanuel Lévinas e, referindo-se à obra *Ética e Infinito,* François POIRIÉ (2007, p. 84), em reflexão a respeito do encontro com o outro afirma:

> Se não houvesse o encontro – primordial – com o rosto de outrem, eu poderia viver tranquilo, na certeza de meu ser e de meu poder-saber sobre as coisas; eu seria potente no reino da fenomenalidade. Mas o rosto de outrem vem romper essa ordem; (...). Ele me chama, ele me obriga a ser para-com-o-outro. Mas esse comando para ser responsável-para-com-outrem não surge nem como escolha nem como um preceito moral; ele existe antes da liberdade e além da Essência, origem da origem e fundamento de todo fundamento.

O sentido de justiça em Lévinas parte da relação com o outro, como aspecto concreto e formal dessa relação ética dentro do âmbito político, em que o sentido de outro passa a ser o de terceiro. Esse terceiro, mais que o sentido literal, refere-se a todos os demais, alcançando a própria humanidade, ao expandir-se no olhar para o mundo, inaugurando a responsabilidade do Eu em relação às necessidades do fraco, do pobre, do oprimido, da comunidade, da vítima, e, por suposto, do infrator.

A ética proposta pela filosofia levinasiana leva-nos, desse modo, diretamente aos fundamentos da justiça restaurativa, pois se apresenta como a filosofia do respeito à alteridade, priorizando o outro nessa relação. Pretende-se, assim, ultrapassar a filosofia que sustenta o modelo universalista adotado pela justiça retributiva, para quem o outro se resume ao seu aspecto meramente formal, traduzido nas denominações *parte*, *réu*, *vítima, condenado*, o que resulta no ocultamento da própria humanidade dessas pessoas.

Assim, enquanto para a justiça retributiva o crime “é uma violação contra o Estado, definida pela desobediência à lei e pela culpa” (ZEHR, 2008, p. 170-171), para a justiça restaurativa, o crime é “uma violação de pessoas e relacionamentos. Ele cria a obrigação de corrigir erros. A justiça envolve a vítima, o ofensor e a comunidade na busca de soluções que promovam reparação, reconciliação e segurança” (ZEHR, 2008, p. 170-171).

Depreende-se, portanto, que o sentido de justiça nos procedimentos restaurativos vai muito além do sentido formal, para alcançar a restauração dos danos pelo processo dialógico que se estabelece entre todos os envolvidos no conflito, como o ofensor e a vítima, os quais passam a ocupar um espaço de participação e compreensão.

Por isso mesmo, no contexto restaurativo o infrator deve ser incentivado a assumir a responsabilidade pelos fatos praticados e, consequentemente, ser encorajado à transformação, pois nos encontros restaurativos abre-se a oportunidade de o ofensor compreender e reconhecer os seus atos, o que se estabelece num espaço de fala e escuta, portanto, de diálogo, longe do contexto de vingança.

Quanto à vítima e a sua relação com o ofensor, Howard Zehr (ZEHR, 2008, p. 182-183) esclarece que...

> As vítimas têm necessidade de segurança, reparação, justificação e empoderamento, mas precisam especialmente, encontrar significado.(...). A maioria de nós presume que a retribuição é uma prioridade das vítimas. Mas as pesquisas realizadas com as vítimas mostram um quadro diferente. As vítimas muitas vezes são favoráveis a penas reparativas que não envolvem encarceramento (...). Além disso, elas frequentemente listam a reabilitação do ofensor como algo importante”

Como se observa, as dúvidas sobre os riscos da participação da vítima em procedimentos restaurativos, sob o receio de que esta assuma novamente o protagonismo da resposta penal, não se sustenta no contexto restaurativo. Os encontros e diálogos entre vítima e ofensor, com foco na restauração, vêm sempre no sentido favorável, pois, ao contrário do modelo retributivo, que se pauta no ódio e na vingança da vítima, no modelo restaurativo caminha-se para a experiência do diálogo e da justiça.

Esse processo de trazer para primeiro plano o infrator, o ofendido e a comunidade, pode parecer, à primeira vista, um retrocesso ao que se alcançou com o modelo clássico, pois nesse contexto a vítima e a sociedade foram substituídas pelo Estado justamente para evitar os efeitos da vingança privada e dos abusos de outrora.

Ocorre que na maior parte dos programas envolvendo essas práticas não se propõe a exclusão do sistema formal de justiça, tampouco se apresentam como substitutos completos ao sistema formal de justiça criminal. Como sustentam Philip Oxhorn e Catherine Slakmon (2005, p. 188 e 200):

> A justiça restaurativa é uma alternativa para as instituições estatais da administração da justiça, que funcionará através da sociedade civil, mas que nunca é independente do Estado. (...) As práticas restaurativas não são feitas para substituir o sistema de justiça tradicional, mas sim para complementar as instituições legais existentes e melhorar o resultado do processo de justiça.

Trata-se, na verdade, de modelos de aproximação entre os controles sociais, formal e informal, no espaço de diálogo que envolve o ofensor, a vítima e a comunidade na solução dos conflitos. É por essa razão que a aplicação de métodos restaurativos normalmente ocorre no próprio curso do procedimento penal, com a presença de *facilitadores*, ou seja, pessoas distintas daqueles agentes que atuam normalmente no processo formal, como juiz, promotor de justiça e advogados.

Por certo, a violência e a criminalidade atuais têm afetado substancialmente a sociedade, sendo que a consequência desse processo de medo e intranquilidade é refletido no baixo nível de confiança das pessoas nas instituições de justiça criminal e na acentuação da própria violência, como bem observam Oxhorn e Slakmon (2005, p. 187), ao avaliarem a situação brasileira: “A combinação de altos índices de crime e baixos níveis de confiança nas instituições estatais responsáveis por lidar com o problema ameaça criar um círculo vicioso de violência”.

Com efeito, a abertura de diálogo proposta pela justiça restaurativa, longe de enfraquecer o processo formal, propõe abrir caminhos para o

fortalecimento e a legitimidade do sistema oficial, por meio da participação da sociedade e dos indivíduos diretamente envolvidos no conflito, que passam a influenciar as próprias decisões das instituições de justiça.

Embora de forma incipiente, observa-se em alguns Tribunais de Justiça do País a aplicação de procedimentos de cunho restaurativo, em crimes de baixo potencial ofensivo e naqueles envolvendo infrações praticadas por adolescentes, nos quais se busca a solução do conflito com a participação da vítima e do infrator, além de outros membros da comunidade em que ambos estão inseridos.

Nesses casos, busca-se a construção de uma solução sólida e restauradora dos traumas causados pelo crime, oportunidade em que todos intervêm, apresentando seus anseios, dúvidas, mágoas, constrangimentos, ou seja, ouvindo e sendo ouvido pelo outro, em busca da pacificação social e psicológica.

A participação da comunidade também é muito importante e consiste no apoio de alguns de seus membros na procura do melhor caminho a ser seguido pelas partes diretamente afetadas pelo conflito, ou como esclarece Francisco Amado Ferreira (2006, p. 27):

> A Justiça Restaurativa preocupa-se, ainda, com um maior envolvimento das comunidades informais na discussão dos problemas criminais – que assim se co-responsabilizam social e materialmente pelas consequências da agressão -, com a reabilitação social do vitimador e da vítima e, na perspectiva de alguns cultores destas práticas, com a fraternidade. (...). O caráter voluntário dos mecanismos de Justiça Restaurativa, aliado ao fato de o terceiro intermediário – mediador ou conciliador – não possuir o jus imperium inerente ao cargo de juiz, chega mesmo a transmitir aos mediados a sensação de a mesma não se tratar de uma verdadeira justiça na acepção mais formal ou institucional do termo."

Diante das considerações fundamentadas no desvelamento proporcionado pelo *labelling approach* no sentido dialógico fomentado pelas práticas restaurativas, pode-se vislumbrar, também no contexto dos conflitos envolvendo crimes graves, a possibilidade de aproximação entre o controle social formal e informal. Assim, em que medida o resgate do controle social

informal e a sua interação com o sistema formal de justiça podem contribuir para a resolução de conflitos graves? É possível que a participação da comunidade contribua na reestruturação do equilíbrio de relações interpessoais afetadas com a ocorrência de delitos de natureza grave? Quais as possibilidades que se abrem para os envolvidos em eventos dessa natureza, em termos de compreensão, de auto-aceitação e de afastamento da estigmatização imposta ao indivíduo desviante?

As respostas às indagações precedentes podem ser obtidas a partir da análise dos resultados da aplicação de justiça restaurativa em um caso de crime de roubo, analisado a partir do tratamento dogmático e meramente formal de aplicação da lei penal e, na sequência, observada sob o âmbito das práticas restaurativas, em quadro comparativo e demonstrativo dos resultados obtidos para cada um dos modelos apontados na obra de Howard Zehr.

O autor, referindo-se a um agente de crime de roubo praticado com violência, esclarece a dinâmica da aplicação da reprimenda pelo processo formal de justiça, observando que:

> Ele [infrator] passou por um processo elaborado e longo no qual um profissional – um advogado, que supostamente representa seus interesses - foi colocado numa arena contra um outro profissional – o promotor de justiça, que representa o Estado e seus interesses. Tal processo é guiado por um complexo labirinto de regras chamadas ‘processo penal’, concebido para proteger os direitos de ambos (mas não necessariamente os da vítima). (...). Ao longo do processo o ofensor foi quase um espectador. Ele manteve sua atenção sobre sua própria situação e seu futuro. (...). No entanto, boa parte das decisões foi tomada por outros em seu nome. (ZEHR, 2008, p. 33)

Em seguida, passa à análise do mesmo fato, sob a ótica restaurativa, levando em conta as necessidades reais da vítima e do infrator, esclarecendo que...

> [...] o jovem ofensor de nosso caso precisa assumir a responsabilidade por seu comportamento de todos os modos possíveis. Ou seja, ele precisa ser estimulado a formar uma compreensão, o mais completa possível, daquilo que ele fez (por exemplo, o que suas ações representaram para a outra pessoa envolvida, e qual foi seu papel). Devemos também permitir e encorajá-lo a corrigir seus erros na medida do possível. Ele deve

> participar do processo de encontrar modos para fazer isto. Essa é a verdadeira responsabilidade. (...). A oportunidade de corrigir o mal e de tornar-se um cidadão produtivo poderá aumentar sua auto-estima e encorajá-lo a adotar um comportamento lícito. (ZEHR, 2008, p. 42).

Gabrielle Maxwell também menciona a possibilidade de aplicação de justiça restaurativa em crimes de potencial mais grave, ao fazer referência aos programas aplicados na Nova Zelândia, esclarecendo que até o ano de 2005 já tinham sido estabelecidos 19 (dezenove) programas restaurativos para infratores adultos naquele País.

Ao citar dois desses projetos, ou seja, *Turnarouns* e *Te WhanauAwhina,* Maxwell (2005, p. 288) esclarece que esses programas lidam com "roubo qualificado, ameaça de morte, morte causada por direção, crime de dirigir embriagado (...) dano doloso, furto e invasão de domicílio". E acrescenta que "a maioria dos participantes entrevistados informava satisfação com o processo e com os resultados" (MAXWELL, 2005, p. 285-286).

A mesma autora, referindo-se a encontros restaurativos por encaminhamento judicial naquele País, esclarece que...

> [...] todas as infrações contra a propriedade com penas de no máximo dois anos de prisão ou mais e outras infrações com penas máximas de um a sete anos são admissíveis para indicação para uma reunião restaurativa pelo juiz. (...). Os acordos feitos nas reuniões podem incluir passos específicos que o infrator deve dar para reparar os danos (por exemplo, pagamento em dinheiro para as vítimas, ou os infratores realizam algum trabalho específico). Eles também podem conter elementos de reabilitação ou de reintegração (por exemplo, o comparecimento do infrator em cursos). Portanto, eles são consistentes com os valores da justiça restaurativa. (2005, p. 288)

Como se observa, a abertura no sistema de justiça criminal para acolher práticas restaurativas em crimes de maior potencial ofensivo mostra-se como um reforço na resposta penal, especialmente na sua função preventiva, pois inclui a comunidade no contexto da solução conflitiva e apresenta um espaço de fala e escuta para o infrator, dando a este a oportunidade de dialogar com aqueles que foram direta ou indiretamente afetados pelo seu ato delitivo.

No sistema de justiça criminal brasileiro, contudo, ainda não se observa movimentação expressiva nesse caminho, ou, dito de outra forma, não se vislumbram espaços significativos para o estabelecimento de diálogo e escuta nos processos envolvendo crimes punidos com penas mais altas.

Na verdade, as reflexões acerca da possibilidade de aplicação de justiça restaurativa em crimes de natureza grave no nosso modelo vigente são obstadas especialmente pela indisponibilidade da ação penal quando de natureza incondicionada ou condicionada à representação do ofendido. Isso ocorre em razão da monopolização da justiça penal pelo Estado, que substituiu a vítima e a sociedade na prestação jurisdicional.

No mais, insta observar que a despeito da natureza hermética da nossa legislação, não se pode negar que a possibilidade de estabelecimento do diálogo e da aproximação entre as partes e a comunidade na solução de crimes graves, mesmo se adotados nos moldes do sistema atual de justiça penal, resultariam na neutralização de alguns efeitos decorrentes da aplicação isolada da pena.

Como afirma Zehr (2008, p. 172):

> O crime tem ainda uma dimensão social maior. De fato, os efeitos do crime reverberam, como ondas, afetando muitos outros indivíduos. A sociedade é uma parte interessada no resultado, e portanto tem um papel a desempenhar. Não obstante, essa dimensão social não deveria ser o ponto inicial do processo. O crime não é primeiramente uma ofensa contra a sociedade, muito menos contra o estado. Ele é em primeiro lugar uma ofensa contra as pessoas, e é delas que se deve partir. (...).

3. Estudo de caso - aplicação de método restaurativo em crime grave

Como reforço da reflexão até aqui empreendida, segue-se a apresentação sucinta de um caso concreto, envolvendo uma adolescente de treze anos (vítima), dois jovens adultos (acusados) e um adolescente (submetido à legislação específica - ECA), situação na qual foi permitida, ao longo do processo formal, a realização de encontros restaurativos, ocorridos em procedimento conduzido e supervisionado pela Secretaria de Atendimento às Vítimas –

SERAV, órgão vinculado ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios - TJDFT, com a participação dos familiares da vítima e dos réus, além de outros membros da comunidade.

Os nomes das partes serão representados pelas iniciais maiúsculas, tendo em vista a natureza sigilosa do processo penal e do procedimento restaurativo.

Na análise do referido caso, será obedecido o seguinte roteiro:

3.1 - Relato dos fatos e dos encontros de justiça restaurativa, ocorridos ao longo do processo penal;
3.2- A construção da decisão judicial proferida no processo formal; e
3.3- Análise dos resultados e dos benefícios para as partes afetadas.

3.1. Relato dos fatos e dos encontros de justiça restaurativa, ocorridos ao longo do processo penal

A denúncia oferecida pelo Ministério Público relatou um crime de atentado violento ao pudor (atual estupro), em que os acusados E. e L., juntamente com o adolescente A.M, por volta de 1h, em via pública, em um campo de futebol, agindo consciente e voluntariamente, teriam constrangido a adolescente N., menor que contava com apenas treze anos de idade, a praticar e a permitir que com ela praticasse atos libidinosos diversos da conjunção carnal. Foi esclarecido ainda pela promotora de justiça que nas circunstâncias de tempo acima indicadas, os denunciados se encontravam em uma confraternização que estava ocorrendo na residência da própria vítima, quando acordaram com o adolescente A.M a prática do delito. Já no local indicado, o acusado E. e o adolescente A.M teriam praticado a conduta delitiva, dentro do veículo do pai do acusado L. Quando ainda estavam no interior do veículo, chegou uma viatura da polícia militar que fazia patrulhamento no local, conduzindo todos à delegacia de polícia.

O fato acima narrado ocorreu entre jovens da mesma comunidade, que até aquela oportunidade mantinham relação de amizade. Após a prisão em flagrante dos autores do fato a notícia espalhou-se pela vizinhança, resultando

em perplexidade e comentários por parte de amigos e conhecidos, dividindo as opiniões dos moradores da referida localidade, que passaram a se envolver na situação, opinando alguns em favor da vítima, outros em favor dos réus, o que afetou sobremaneira a convivência entre as pessoas do local, inclusive atingindo o relacionamento dos próprios membros da família da vítima.

Tão logo iniciada a instrução processual, mais precisamente por ocasião da audiência para oitiva da vítima, sua genitora comunicou diretamente à psicóloga que as acompanhava na sala de audiência, o desejo de dialogar diretamente com os jovens acusados, com o objetivo de entender melhor a situação, sobretudo em razão da relação de amizade que os réus mantinham com seus filhos, incluindo a vítima.

Diante da manifestação do desejo da mãe da adolescente e após consulta às partes, em especial aos advogados de defesa e à representante do Ministério Público, que anuíram prontamente, foi deferido a abertura de procedimento restaurativo, nos moldes do Serviço de Justiça Restaurativa do Juizado Especial Criminal do Núcleo Bandeirante/DF, oportunidade em que houve advertência expressa por parte do Juízo a respeito da natureza extraprocessual dos encontros, que ocorreriam sem afetar diretamente o curso da ação penal.

Na mesma oportunidade, foi esclarecido que os encontros seriam realizados, primordialmente, com a finalidade de restauração das relações afetadas pelo conflito, em especial naqueles aspectos que não são alcançados no âmbito da Justiça Penal, portanto, sem o condão de anular o processo, sobretudo, em razão da indisponibilidade da ação penal. Também foi informado que o procedimento restaurativo não poderia ser utilizado como prova de âmbito desfavorável à defesa dos réus nos autos principais.

Procedidos os esclarecimentos acima, e diante da aceitação de todos os envolvidos e interessados, foram designadas duas psicólogas, servidoras do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, lotadas na SERAV – Secretaria de Atendimento às Vítimas, para acompanharem o caso como *facilitadoras*, designação que define a pessoa que atuará nos conflitos de natureza criminal como mediadora entre os interessados.

Após o primeiro encontro, conforme relatado acima, as psicólogas facilitadoras continuaram a realizar acompanhamentos domiciliares à vítima, aos acusados e a seus familiares, o que resultou na elaboração de vários relatórios, dentre os quais consta o seguinte:

> A última visita foi à casa de N., onde ela e seus pais aguardavam as facilitadoras. R. [padrasto] e G. [mãe] foram informados ainda sobre a proposta construída com E. [acusado], mas declararam que necessitavam, para sentirem-se reparados, que ele prestasse serviço por pelo menos três meses, em uma instituição de amparo a mulheres vítimas de violência doméstica. O Sr. R foi informado da inexistência dessa instituição no DF, mas concordou que teria o mesmo efeito desejado o trabalho de E. numa instituição para mulheres solteiras grávidas. (...). Como ação do passo 8 do Protocolo de trabalho com esse grupo, realizou-se encaminhamento por escrito ao COMPP, instituição da Secretaria de Saúde do Governo do Distrito Federal - GDF, que atende menores de 18 anos matriculados na Fundação Educacional do DF. (...).Essas últimas ações exemplificam o caráter abrangente do Programa de Justiça Comunitária no DF, que se responsabiliza também por diagnosticar as necessidades psicossociais das partes envolvidas para oferecer soluções que melhorem a qualidade de vida de todos, promovendo assim a paz social. Cumpridos os passos 8 (oito) e 9 (nove) do protocolo, redigiu-serelatório ao Juízo competente. (LOBÃO; COSTA, 2010, p. 623)

Em relação aos métodos adotados para o acompanhamento dos envolvidos no evento, Marília Lobão e Helena Maria Costa (2010, p. 615) esclarecem que...

> [...] foi utilizado, como linha condutora de procedimentos para este caso, a metodologia descrita no ‘Manual de Treinamento do Facilitador do Departamento de Tribunais da Nova Zelândia’ - com algumas adaptações que a prática no Distrito Federal mostrou eficaz - por salientar o envolvimento da comunidade, que possuía relevância neste caso. Os passos são os seguintes: 1. Contato com o ofensor para consultar sobre o seu interesse em participar do procedimento; 2. Entrevista de avaliação e orientação ao ofensor e seus apoiadores sobre as regras e os procedimentos de JR; 3. Contato com a vítima para consultar sobre o seu interesse em participar do procedimento; 4. Entrevista de avaliação e orientação à vitima e seus apoiadores, para esclarecer sobre as regras e procedimentos; 5. Encontro Restaurativo se todos estivessem de acordo.

Lobão e Costa (2010, p. 615) afirmam também que...

> [...] a razão de o ofensor ser contatado primeiro, como procedimento padrão, deve-se à filosofia de cuidado com a vítima, que fundamenta a JR. Ao consultarmos primeiro quem ofendeu, evitamos criar expectativa na vitima e depois fazê-la se sentir novamente controlada pelo agressor, caso esse negue participar do Encontro. Ademais, caso ele concorde em comparecer, mas ainda apresente um comportamento abusivo e não reflexivo sobre seu comportamento, poderemos informar tal fato a vítima e deixá-la decidir, com a orientação do facilitador, se quer ou não encontrar-se com ele apesar da não assunção de responsabilidade por parte de seu ofensor. Agindo assim, devolvemos o poder à vítima, que controla a participação no procedimento, baseada em fatos decorrentes de os facilitadores já terem entrevistado e avaliado o ofensor.

3.2. A construção da decisão judicial proferida no processo formal

Encerrada a instrução processual, a pretensão ministerial foi julgada parcialmente procedente, com resultados distintos para cada um dos acusados.

Em relação a L., ao final da colheita da prova não se observou informações suficientemente seguras quanto a sua participação no fato, de modo que sustentasse um decreto condenatório. Foi esclarecido na sentença que ao final da instrução probatória permaneciam tão-somente os indícios de que L. teria vigiado a ação dos demais no momento dos atos sexuais, o que não foi suficientemente confirmado ao longo da instrução probatória. Como argumento para a absolvição, também foi levado em conta o que a vítima havia revelado em audiência, ou seja, que os fatos tinham ocorrido com sua anuência, o que por certo dispensava a participação de L.no sentido de vigiar o local para garantir a realização do crime pelos demais.

Quanto ao acusado E., houve decisão condenatória, em razão de o conjunto probatório ter revelado extremado abuso por parte dele e do adolescente A.M, ultrapassando aqueles limites em que se permite relativizar as situações, quando o contato sexual advenha de uma relação afetiva, ou quando a situação fática deixa claro que a vítima já tinha plena capacidade para expressar o consentimento, ainda que menor de 14 anos.

Nesse ponto, foi esclarecido que a principal razão para a intervenção penal no âmbito do domínio da sexualidade é sem dúvida a proteção contra a

violência e o *abuso,* de maneira que mesmo diante das considerações de que a vítima vivia em ambiente de acentuada liberdade e que praticara as condutas narradas na denúncia de forma consensual, restou constatado que o acusado E., juntamente com o adolescente A.M., valendo-se da pouca experiência e diminuída capacidade de discernimento da menor, levaram-na para um lugar ermo, um campo de futebol, onde passaram às praticas delitivas.

No mais, embora a decisão em relação a E. tenha sido pela condenação, foram levados em consideração os resultados dos encontros restaurativos para a análise da dosimetria da pena, de maneira que esta foi fixada no mínimo legal e, diferentemente do que estabelecia a lei dos crimes hediondos, que obrigava o cumprimento inicial em regime fechado para crimes dessa natureza, entendeu-se que a aplicação do referido regime não encontrava sustentação diante da especificidade do caso, tendo sido estabelecido tão-somente o regime semiaberto.

3.3. Análise dos resultados e dos benefícios para as partes afetadas

Os resultados que se mostraram possíveis à luz da legislação penal e processual vigentes, longe de ter enfraquecido o sistema formal de resposta penal, revelaram-se profundos ganhos para as partes afetadas, mesmo a despeito de ter havido parcial procedência da acusação ministerial.

Se o processo de rotulação e o de reincidência ocorre em grande medida em razão do afastamento do desviante do seu contexto social, observa-se que no presente caso, embora não se tenha vislumbrado a possibilidade de exclusão ou substituição da pena privativa de liberdade, não se pode ignorar o processo dialógico que se estabeleceu a partir desse conflito, o que atenuou em grande medida os efeitos negativos da inserção de E. no sistema prisional.

3.3.1 Benefícios para o Infrator (Acusado E.)

Em relação ao mencionado infrator, observa-se que mesmo tendo sido condenado, encontrou amparo emocional nos encontros restaurativos, o

que manteve incólumes os seus laços afetivos com o seu núcleo familiar (sua mãe e a patroa desta), e com o seu contexto social, incluindo amigos comuns com a vítima, o que por certo atenuou em grande medida o processo de estigmatização e rotulação, próprios da aplicação isolada das medidas inerentes ao sistema formal de justiça.

3.3.2 Benefícios para a Ofendida (Vítima N.)

Em relação à vítima, representada pelos pais nos encontros restaurativos, houve a reaproximação emocional entre ela e seus genitores e demais membros da família, relação que se encontrava abalada desde a ocorrência do fato, após ter sido surpreendida na prática do ato sexual com o acusado E. e o adolescente A.M, o que a princípio lhe tinha causado muitos transtornos psicológicos, inclusive levando-a a falsear a verdade, pois relatou inicialmente que os fatos tinham ocorrido sem a sua anuência.

3.3.3 Benefícios para a Comunidade

Os ganhos para a comunidade, na qual se incluem também as partes diretamente envolvidas, mostraram-se visíveis a partir dos encontros restaurativos, tanto em termos de compreensão quanto de reestruturação do equilíbrio das relações interpessoais afetadas com os fatos narrados no processo, pois amenizou sobremaneira os efeitos periféricos decorrentes do conflito criminal.

Nesse aspecto, Lobão e Costa (2010, p. 624), a partir da observação do caso concreto, assim ponderaram:

> A avaliação do caso foi positiva, levando em conta que todos os envolvidos moravam na comunidade e o ato criminoso tomou grandes proporções nesse tecido social, pois comentários sobre como determinados membros dessa microsociedade agiriam se fosse sua filha ou irmã a vítima passaram a ser tomados como ameaças entre os membros das famílias envolvidas. Esse fenómeno criou um clima de insegurança e belicosidade que facilmente se transformaria em causa para novas violências. O Encontro Restaurativo humanizou a todos os envolvidos, que puderam vivenciar os valores uns dos outros e por si mesmo descobrir que podiam se sentir seguros, pois todos

> compartilhavam valores religiosos e morais e pacificação social. Como teriam chegado a essa certeza se os boatos na comunidade eram que o irmão de N. desejava "acertar as contas" com os acusados, cujas famílias queriam vingar-se de N. por ter acusado o seu filho? Através do processo? Em audiências judiciais nas quais muitas vezes não podiam estar presentes por serem também testemunhas? O caminho da Justiça Restaurativa foi adequado e permitiu a recomposição do tecido social e impediu que comentários promotores de violência encontrassem ouvidos atentos.

Seguindo essa linha reflexiva, observa-se que a comunicação que se estabeleceu no caso sob análise proporcionou o resgate das relações comunitárias, com o fortalecimento do diálogo, traduzido não somente na fala, mas sobretudo na percepção do outro, ou conforme esclarece Martin BUBER (2007, p. 112):

> O dialógico não se limita ao tráfego dos homens entre si; ele é – é assim que demonstrou ser para nós – um comportamento dos homens um-para-com-o-outro, que é apenas representado no seu tráfego.

Mais ainda, vislumbra-se que esse resgate foi possível a partir da superação da intolerância e da indiferença, o que ocorreu no processo de empoderamento da comunidade, que de expectadora passou a atuar na busca da melhor solução para aquele conflito. Nesse passo...

> [...] a pessoa humana, queira ela admiti-lo e levá-lo a sério ou não, pertence à comunidade dentro da qual nasceu ou onde passou a viver por acaso. (...). Uma verdadeira comunidade e uma verdadeira vida comunitária só se realizarão na medida em que se tornarem reais os Indivíduos em cuja existência responsável se renova a coisa pública. (BUBER, 2007, p. 112 e 132)

Conclusão

As reflexões teóricas a respeito do movimento do *labelling approach,* associadas às observações de alguns aspectos da justiça restaurativa, nos apontam para a necessidade de se estabelecer a consolidação do intercâmbio entre as instituições formais de justiça e o controle social informal, na busca de modelos alternativos para a solução de conflitos criminais, especialmente nas situações de crimes graves.

A construção e reconstrução dos fatos propostas pela dogmática penal têm nos afastado substancialmente da realidade que circunda os conflitos criminais, remetendo-nos a um lugar emocionalmente confortável, pois não se lida com as reais necessidades de pessoas, mas apenas com a solução de casos, nos quais os indivíduos são substituídos por designações genéricas como réu, infrator, bandido, criminoso, vítima e ofendido.

Nessa dinâmica, os julgamentos são *técnicos,* portanto, voltados tão-somente para o que os juristas designam por "verdade real" do processo, consistente na descoberta da materialidade e da autoria, sem, contudo, se preocupar com as razões subjacentes que levaram às partes ao conflito ou mesmo o que estas esperam da atuação da justiça.

Nesse espaço de separação que se estabelece entre as pessoas e suas reais necessidades, de um lado, e o modelo formal de justiça criminal, de outro, encontra-se um universo de movimentos de política criminal. Uns de apoio ao sistema vigente, defendendo a inaptidão da justiça criminal para lidar com aspectos do conflito que ultrapassem os postulados dogmáticos, consubstanciados no fato típico, antijurídico e culpável; outros em sentido contrário, lutando por aberturas viáveis que possam satisfazer as reais necessidades daqueles afetados pelos conflitos criminais, entre os quais se apresenta o movimento de justiça restaurativa.

Portanto, percebe-se a urgência em se adotar mudanças na dinâmica do processo penal e do direito penal, buscando novas formas e mecanismos que possam atenuar esse distanciamento que existe entre as instituições formais e a realidade social.

No âmbito do processo penal, observa-se que a abertura para ampliação da participação dos envolvidos no conflito, com a introdução de práticas restaurativas, por certo legitimaria e reforçaria os direitos e garantias processuais, que são comumente negligenciados justamente em razão do distanciamento estabelecido entre os agentes do controle formal e aqueles submetidos a esse controle. Nesse contexto, as garantias como ampla defesa, contraditório e presunção de liberdade são muitas vezes desrespeitadas, dando-

se primazia a questões meramente processuais em detrimento do legítimo interesse das partes.

No campo do direito penal, tem-se observado que a adoção do casuísmo como paradigma da edição das leis, vem afetando a individualização da pena e a sua justa adequação à situação concreta, na medida em que o legislador tende a adotar como resposta ao aumento da criminalidade, penas cada vez mais rígidas, impossibilitando, ainda, a substituição da prisão por outras formas de punição mais brandas e mais benéficas às partes envolvidas, o que leva a decisões judiciais perfeitamente legais, porém extremamente injustas.

Assim, a possibilidade de comunicação entre o sistema formal e as práticas restaurativas, especialmente nos moldes adotados na Nova Zelândia, certamente contribuiria para a reorganização do nosso espaço prisional, na medida em que se encontrariam outras dinâmicas de responsabilização ao infrator, em um ambiente no qual a reprimenda, ainda que aplicada pelo controle formal, estaria substancialmente individualizada e apoiada na situação real de todos os envolvidos no conflito.

Com essas ponderações, pretende-se promover uma abertura dialógica no contexto atual da justiça penal, possibilitando-se a aproximação e a comunicação entre os controles sociais (formal e informal), pois, como sugere Haddock-Lobo (2006, p. 152), a partir do pensamento levinasiano, o senso de justiça pode nos mover em direção à reformulação do que se encontra instituído, pois esta, a justiça "é o que nos dá impulso, a direção, ou o movimento para retificar a lei, ou seja, para desconstruir a lei".

Referências

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Minimalismo Absolutismos e Eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. Revista Sequência. Florianópolis n. 52, dez 2006.

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. São Paulo: Martin Claret, 2002.

BECKER, Howard S. Outsiders: estudos de sociologia do desvio. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BUBER, Martin. Do diálogo e do dialógico. São Paulo: Perspectiva, 2007.

CASTRO, Lola Aniyar de. Criminologia da libertação. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

FERREIRA, Francisco Amado. Justiça restaurativa. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

FERRI, Enrico. Princípios de Direito Criminal: o criminoso e o crime. 2. ed. São Paulo: Bookseller, 1999.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir. 32. ed. São Paulo: Vozes, 1997.

LOBO, Rafael Haddock. Da existência ao infinito: ensaios sobre Emmanuel Lévinas. Rio de Janeiro: Loyola, 2006.

LOMBROSO, Cesare. O homem delinquente. Trad. Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2013.

MOURA, Marília Lobão Ribeiro de; COSTA, Helena Maria. Aplicação da lei em uma perspectiva interprofissional: direito, psicologia, psiquiatria, serviço social e ciências sociais na prática jurisdicional. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

OXHORN, Philip e SLAKMON, Catherine. Justiça Restaurativa - Coletânea de Artigos – Ministério da Justiça/PNUD, 2005.

PAZ, M. Silvina *etalii*. Justiça restaurativa - Coletânea de Artigos – Ministério da Justiça/PNUD, 2005.

POIRIÉ, François. Emmanuel Lévinas: ensaio e entrevistas. São Paulo: Perspectiva, 2007.

SÁ, Alvino Augusto de. Criminologia clínica e psicologia criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Criminologia. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ZEHR, Howard. Trocando as Lentes. Um novo foco sobre o crime e a justiça. Justiça Restaurativa. São Paulo: Palas Athena, 2008.